

اهداءات ٢٠٠٣

الدكتور / محمد طلعت الغنيمي

الإسكندرية

الناشر : المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر
٧ ش نوبار الاسكندرية - ج . ع . م

مطابع مؤسسة الاهرام

دكتور مصطفى الجمال

دكتوراه في القانون من جامعة باريس
جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس
مدرس القانون المدني
كلية الحقوق — جامعة الاسكندرية

نظام الملكية

(١)

الملكية الخاصة - الملكية العامة - الملكية القارئة
NDRINA
مضامينها وأوصافها في الملكية الاسكندرية

المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر
١٩٦٠ - ١٩٦١ - الاسكندرية

الإهداء

إلى أمال . . :

زوجتي

تمهيد

١ - خلق الله ما في العالم من أشياء لاشباع حاجات الانسان ^(١) .
غير أن هذه الأشياء تقصر - بحالتها الطبيعية - عن تلبية حاجات البشر
في تعددها وتنوعها وتجدها . لذلك فقد وهب الله الانسان ادراكا يمكنه
من توجيه قواه الى تحويل هذه الأشياء واستنباط وإنتاج الجديد منها
بما يلبي حاجاته المختلفة .

والانسان في سعيه اليومي للوصول الى ما يشبع حاجاته يعيش في
مجتمع ، فيتقيد بسعى سائر أفراده ويعتمد عليه في آن واحد .

اعتماد الانسان في اشباع حاجاته على ما يقع تحت ادراكه من أشياء ،
وعلى جهده وجهد أفراد المجتمع ، يقتضى وضع نظام قانوني لهذه
الأشياء يحدد موقف الفرد ازاء أفراد المجتمع منها ، تحديدا تتحقق به
الكفاية في الانتاج والعدالة في التوزيع . هذا النظام هو نظام الأموال
بصفة عامة والملكية بصفة خاصة .

٢ - وأيا ما كان نظام الأموال أو الملكية فهو ، في جوهره ، تحديد
لمدى اختصاص كل فرد من أفراد المجتمع بما يقع تحت سيطرته من قيم

(١) في هذا المعنى بحثا - G. Renard في موضوع « La pensée chrétienne sur
« La propriété sociale » وهو منشور في باريس سنة ١٩٣٠ مع بحث آخر لـ
La Troabas في كتاب يحمل عنوان « La fonction sociale de la propriété » .

مصطفى السباعي ، اشتراكية الاسلام ، الطبعة الثالثة ، ص ٨١ . وفي هذا الصدد
يفكر قوله تعالى « له ملك السماوات والارض » (سورة الشورى ٤٩) وقوله « وسخر لكم
ما في الارض » (سورة الحج ٦٥) ، « وسخر لكم ما في السموات » (سورة الجاثية) .
ويقرر المؤلف أن هذا المبدأ يؤدي الى غرضين : أنه ليس في الكون شيء يصعب على الانسان
تناوله اذا عمل عقله وعلمه ، وأن الناس جميعا متساوون في الاستفادة من خيرات الارض
والسماء .

مالية ، ولدى ما يلقي على عاتقه من أعباء وما يفرض عليه من قيود تتعلق بهذه السيطرة ويقتضيها صالح المجتمع . على أن نظام الأموال أو الملكية يختلف بعد ذلك في الزمان والمكان باختلاف الظروف التي تتم فيها عملية الإنتاج والتوزيع في المجتمع . بعبارة أخرى فهو يختلف باختلاف الأسس التي يقوم عليها تنظيم المجتمع اقتصاديا واجتماعيا . لذلك فدراسة نظام الأموال أو الملكية تقتضي البصر أولا بجوهر النظام الاقتصادي والاجتماعي الذي يقوم فيه هذا النظام .

وإذا ما تمثل المال في الاختصاص بشيء من الأشياء المادية ، سواء في كل منفعه أو مظهره أو في بعضها ، فقد جرت لغة القانون على القول بأن لصاحب هذا المال حقا عينيا على هذا الشيء . فهو صاحب حق على الشيء الذي اختص بكل منفعه أو بعضها لأنه يستأثر بها دون غيره . وهذا الحق عينى لأنه يرد مباشرة على الشيء بحيث لا يحتاج صاحبه الى تدخل من جانب شخص آخر لاقتضاء مضمون حقه . غير أن فكرة الحق العينى ، وإن كانت فكرة فنية بحتة ظهرت في مرحلة تاريخية معينة لتقديم صياغة قانونية منضبطة لنظام الأموال ، إلا أن مضمونها ونطاقها — وربما وجودها — مرتبط ارتباطا وثيقا بالنظام الاقتصادي والاجتماعي الذي يقوم فيه هذا النظام ، بحيث يقتضى تطور هذا النظام إعادة مراجعة هذه الفكرة من حيث جدواها ومدلولها ومدائها .

١ — الملكية بين الرأسمالية والاشتراكية

وضع المشكلة :

٣ — لا صعوبة في التسليم بأن ما يختص به الشخص من أشياء معدة للاستهلاك المباشر تعتبر مملوكة له ملكية خاصة لا يشركه فيها أحد ، أيا ما كان أساس التوزيع الذي يستند اليه هذا الاختصاص . ولكن الصعوبة تظهر إذا ما انتقلنا الى ميدان الأشياء المعدة للاستثمار

واستنباط الجديد مما يصلح للاستهلاك . فالفصل فى ملكية الأشياء المعدة للاستثمار يرتبط مباشرة بالأساس الذى يقوم عليه التوزيع فى الجماعة لأن ملكية هذه الأشياء تحدد بالضرورة مصير ما تنتجه الجماعة من أشياء معدة للاستهلاك .

فإذا سلمنا بإمكان اختصاص الأشخاص بالأشياء المعدة للاستثمار أو ما يعرف بأدوات الإنتاج ، كانت مملوكة لهم ملكية خاصة يستقل صاحبها بتوجيه استثمارها والاستثمار بشراتها ، وكان لهذه الملكية - مع تراكمها وازدياد دورها فى عملية الإنتاج - الدور الحاسم فى عملية توزيع الناتج فى الجماعة . وإذا رفضنا هذا الاختصاص الفردى ، كانت هذه الأشياء مملوكة للمجتمع ككل بصورة أو بأخرى ، بحيث يكون لمجموع العاملين فيه سلطة توجيه استثمارها واقتسام ثمراتها كل حسب عمله أو حسب حاجته .

الملكية والصراع بين الرأسمالية والاشتراكية :

٤ - ويشهد العالم فى العصر الحديث صراعا عنيفا بين النوعين من الملكية لم تتضح بعد نتائجه أو معالمه بصفة نهائية .

فقد تمخضت ظروف المجتمع الأوروبى - ابتداء من القرن السادس عشر - عن قيام النظام الرأسمالى فى أعقاب النظام الاقطاعى ، على أساس من الملكية الخاصة وحرية المبادرة الفردية . وساعد اقتران هذا النظام بازدهار التجارة وبزوغ الثورة الصناعية على لجاحه نجاحا أدى الى الايمان بأن الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج هى المحرك الأول لنشاط الفرد والضمان لحرية من ناحية ، والوسيلة لتحقيق مصلحة المجتمع باعتبارها مجموع مصالح أفرادها من ناحية أخرى . ومن هنا كان رفع مبدأ الملكية الخاصة الى منزلة « القانون الطبيعى » السابق فى وجوده

على وجود المجتمع ذاته ، والقول بأن وظيفة المجتمع هي مجرد حماية ملكيات أفرادهم بقوانينه ، دون أن يكون من المتصور تدخله لتقييد هذه الملكيات أو الاستحواذ عليها ^(١) .

غير أنه بالرغم مما حققه نظام الملكية الفردية ، المدعم باطلاق حرية المبادرة ، من تقدم هائل — خاصة طوال القرن التاسع عشر — فان التطبيق العملي لهذا النظام ، في ظل اقتصاد صناعي متطور يحتاج أكثر فأكثر الى تجميع القوى المادية والبشرية للقيام بالانتاج ، سرعان ما كشف عن خطورة اطلاقه . فقد أدى هذا النظام بالتدريج الى تركيز رؤوس الأموال في أيدي قليلة تمكنت من السيطرة على مجالات الحياة الاقتصادية الأساسية وتوجيهها لخدمتها . وكانت نتيجة ذلك انقسام المجتمع الصناعي الى أقلية تملك وسائل الانتاج ، فتستحوذ على انتاج المجتمع كله دون جهد وتتمتع بالحرية المطلقة ، وأغلبية لا تملك وسائل الانتاج ، فتفقد ثمرة عملها وتندم حريتها الحقيقية في مواجهة الأغلبية المالكة .

وقد كان رد الفعل لذلك أن قامت الدراسات المختلفة التي تتضافر على مهاجمة نظام الملكية الفردية والدعوة الى نوع آخر من أنواع الملكية الجماعية ، بعضها يكشف عما أدى اليه هذا النظام في ظل الاقتصاد الصناعي من أوجه الظلم ومن اهدار لمصلحة المجتمع ومن مصادرة للحرية، مما يشكك في القول بأن الملكية الفردية هي الضمان لحرية الانسان ^(٢) ؛ وبعضها يحاول أن يثبت أن الانسانية في بدايتها الأولى كانت تعرف

(١) نجد بلورة تامة لهذه النظرة في ميثاق حقوق الانسان الفرنسي ١٧٨٩ — ١٧٩١ . فقد نصت المادة ٢ من هذا الميثاق « على أن الحقوق الطبيعية هي « الحرية والملكية والامان ومقاومة الظلم » ، ونصت المادة ١٧ على أن « الملكية باعتبارها حقاً مقدساً لا يجوز المساس به ، لا يمكن حرمان الشخص منها الا اذا اقتضت ذلك الضرورة العامة المثبتة بالطريق القانوني وبشرط التعويض العادل عنها مقدماً » (راجع في تحليل هذه النصوص :

Mohamed Mehdi Eljam, La règle morale dans le droit de la propriété foncière, Genève 1960, p. 61 et ss.)

(٢) راجع في الجواب السلبية للعملية الاقتصادية الرأسمالية : محمد دويدار ، في اقتصاديات التخطيط الاشتراكي ، ١٩٦٧ ، ص ٤٤ وما بعدها .

الملكية الجماعية بشكل أو بآخر أكثر مما تعرف الملكية الفردية ، مما يشكك في القول بأن الملكية الفردية نظام تفرضه الطبيعة الانسانية (١) ، وبعضها يحاول الربط بين الدراسات السابقة واستخلاص قانون للتطور على نحو ما نعرفه في المادية التاريخية . ومؤدى هذه الأخيرة أن شكل الملكية يرتبط أوثق الارتباط بأساليب الإنتاج فردية كانت هذه الأساليب أو جماعية . فحينما تكون أساليب الإنتاج بحيث لا يكفى في استخدامها جهد الفرد المستثمر — كما هو الحال في الاقتصاد الصناعي — فلا بد أن تتطور الملكية الى صورتها الجماعية . وقد رتبت المادية التاريخية على ذلك حتمية القضاء على الملكية الفردية لوسائل الإنتاج واحلال ملكية المجتمع محلها ، ازالة للتناقض بين أساليب الإنتاج في المجتمع الصناعي وشكل الملكية فيه ، وتحقيقا للتقدم والعدالة معا (٢) .

٥ — وقد كان من شأن هذه التيارات الفكرية وما استندت اليه من واقع المجتمع الصناعي أن شهد نظام الملكية — على النطاق العالمى — تطورا شاملا .

وقد استعلن هذا التطوير أولا في التضييق المستمر من مضمون الملكية

(٢) تؤكد بعض الدراسات الانثولوجية في القرن التاسع عشر ان الانسان الاول كان يعيش على قطف الثمار وصيد الحيوان ، و بمرور الزمن أدرك ضرورة الاتحاد والعمل المشترك لمواجهة الطبيعة مما أدى الى نوع من الملكية المشتركة ، ثم عرف الرعى والزراعة مما سمح له بتكوين فائض حرف معه لأول مرة تراكم الثروة فنشأت الملكية الفردية (راجع في هذا الصدد :

P. Kalensky, Le concept de propriété, Rapport général au VIème Congrès International de Droit Comparé, Hambourg, 1962 ; Engels, Origine de la famille, de la propriété privée, de l'Etat, trad. Costes 1886).

ولكن الدراسات التى اجريت حديثا على الجماعات البدائية تشير الى تبين صور الاختصاص بالاموال فى هذه الجماعات الى درجة يصعب معها ادخالها فى القوالب القانونية التى تعرفها مجتمعاتنا المتقدمة (راجع فى هذا الصدد :

Rüdiger Schatt, Les problèmes de la propriété privée et collective chez les peuples primitifs, Rapport général au VIème Congrès International de Droit Comparé, Bruxelles 1958).

(٢) فى المادية التاريخية وتطبيقها على الملكية راجع عرضا واضحا للدكتور جلال أحمد أمين ، مقدمة الى الاشتراكية ، ١٩٦٦ ، ص ٨٠ — ٩٢

الفردية وفتح بابها أمام المعدمين . فقد تركز تبرير هذه الملكية فيما تحقق من نفع اجتماعي ، وغدا من المسلم الاعتراف بدور المجتمع - ممثلا في القانون - في الحد من سيادة المالك على ملكه تحقيقا للصالح العام ، عن طريق ما يضعه من قيود على مباشرة المالك لسلطاته من ناحية ، ورسم سياسة تمكن من توسيع قاعدة الملكية الخاصة ، كما هو الحال في توزيع الأراضي على صغار الزراع وفي تمليك المساكن ، من ناحية أخرى ، حتى نأدى البعض بأن الملكية أصبحت وظيفة اجتماعية (١) .

واستعلن هذا التطوير ثانيا في تحويل الملكية الخاصة الى ملكية عامة . فقد أفسحت الدول التي لازالت تأخذ بالنظام الرأسمالي مكانا بارزا للملكية العامة الى جانب الملكية الخاصة ، عن طريق التأمين ، حتى لم يعد بلد رأسمالي واحد لا يوجد فيه قطاع عام . أما الدول التي تحولت الى النظام الاشتراكي فقد قصرت الملكية الخاصة على نطاق ضيق لا يسمح بالتفاوت بين مراكز الأفراد الاجتماعية ، ولا يخل بمبدأ اتخاذ العمل معيارا للتوزيع . ووصل بعضها الى حد إلغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج .

الملكية وقيام الاشتراكية في الجمهورية العربية المتحدة :

٦ - أما مصر فقد عرفت نظام الملكية الفردية بمعناه الذي يستند الى المذهب الفردي عند استلهاها لأنظمتها القانونية من التشريع الفرنسي في الربع الأخير من القرن الماضي . فقد انتقلت الى القانون المدني

(١) في الوظيفة الاجتماعية للملكية وتطورها راجع : السنهوري ، الوسيط ، ج ٨ (حق الملكية) ، بند ١٦١ وما بعده .

G. Renard et L. Trotabas, op. cit. ; K. Katzarov, Théorie de la nationalisation, p. 168 et ss.

القديم نظرية الملكية الفردية كحق مطلق يسنده ويستند به مبدأ حرية المبادرة^(١) .

ولكن استيراد مصر لقوانينها من الخارج ، وان كان قد باعد بينها وبين تاريخها ، الا أنه قد وصل بينها وبين ما يجرى في العالم الحديث من تغيرات اقتصادية وفكرية مختلفة أولا بأول . وقد كان من نتيجة ذلك أن تسلت التأثيرات الاشتراكية السابق الاشارة اليها — في استحياء — الى القضاء قبل أن تبرز في القانون المدني في اتجاه واضح وتستعلن فيما بعد الثورة في نظام اشتراكي كامل .

فقد عني التقنين المدني الجديد ، استنادا الى القضاء السابق ، بارساء مبدأ عدم التعسف في استعمال الحقوق بما فيها حق الملكية (م ٥) ، وبتقرير مسئولية المالك عن الضرر غير المألوف الذي تحدثه للجار مباشرة لحقه (م ٨٠٧) ، كما عني بوضع القيود الأساسية على سلطات المالك ضمانا لتوجيهها الوجهة التي تحقق صالح المجتمع .

(١) كانت مصر منذ دخولها في الاسلام ، وحتى دخول القوانين الاجنبية فيها ، تخضع للتشريع الاسلامي . ولاشك أن هذا التشريع يقر الملكية الفردية ويجعل لها حماية وحرمة . غير أن الملكية الفردية التي أقرها التشريع الاسلامي تختلف اختلافا واضحا عن الملكية الفردية كما يصورها المذهب الفردي كحق طبيعي مطلق مقدس .

فالملكية الفردية في الاسلام لا تتمتع بالحماية والحرمة ما لم تكن مستمدة من سبب مشروع يرجع في النهاية الى الصل الشريف (عن طريق مباشر أو غير مباشر) ، ويبعد عن الاستغلال والاحتكار . والملكية الفردية في الاسلام ليست حقا طبيعيا مطلقا وانما هي استخلاف من الله عز وجل « مالك الملك » والذي له « ملك السموات والارض » ، فتقيد بما يضعه من حدود ، سواء ماتعلق منها بعدم الاضرار بالغير أو باخراج الزكاة والنفقات الواجبة (راجع في ذلك مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، خاصة ص ٨٣ وما بعدها) . وقد حدا هذا التصوير للملكية الفردية في الاسلام البعض الى القول بان الاسلام قد صرف أول تطبيق عملي للاشتراكية (استاذنا الدكتور على البارودي ، في الاشتراكية العربية ، ١٩٦٧ ، بند ٢٦ وما بعده) .

على أنه يلاحظ أن ملكية الرقبة في اراضي مصر كانت للدولة منذ عهد الفراعنة ومن تبعهم من الفاتحين ، وقد أقر العرب هذا الوضع فأعتبروا الرقبة مملوكة للدولة الجديدة وتركوا الانتفاع لاصحاب الاراضي نظير دفع الخراج . وقد ظل هذا الوضع حتى صدور التقنين المدني الاهلي سنة ١٨٨٣ والامر العالي الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ ، فأصبحت الارض مملوكة لاصحابها ملكية تامة .

في تاريخ الملكية العقارية في مصر و تطورها انظر محمد كامل مرسى

De l'étendue du droit de propriété en Egypte, Paris 1914 .

وجاءت ثورة يوليو ١٩٥٢ فكانت ثورة اشتراكية الاتجاه . وقد عبرت عن ذلك فى ثلاثة من مبادئها الستة الشهيرة (القضاء على الاقطاع — القضاء على الاحتكار وسيطرة رأس المال على الحكم — اقامة عدالة اجتماعية) . وتطبيقا لذلك صدر قانون الاصلاح الزراعى فوضع حدا أقصى للملكية الأرض الزراعية حتى لا تكون هذه الملكية أداة استغلال فى يد المالك ، ورسم السبيل الى توسيع قاعدة الملكية الزراعية باتاحة الفرصة للأجراء لكى يصبحوا ملاكا عن طريق توزيع الأراضى التى يستولى عليها من كبار الملاك والأراضى المستصلحة والتى يتم استصلاحها عليهم .

غير أنه سرعان ما تبين أن تحمل عبء الدولة الحديثة — التى يجب أن تكفل لكل فرد فى المجتمع حاجاته الأساسية — يقتضى الوصول الى أكبر قدر مستطاع من الكفاية فى الانتاج ومن العدالة فى توزيعه على أفراد المجتمع ، كما تبين أن تحقيق هذين الهدفين فى بلد متخلف كمصر تنقصه رؤوس الأموال وروح الاقدام على المشروعات الأساسية التى لا تدر ربحا عاجلا ، يتطلب تطبيق الملكية الجماعية لوسائل الانتاج الى الدرجة التى تحقق سيطرة الدولة على الانتاج القومى ، حتى تستطيع تنمية وتوزيع هذا الانتاج وفق تخطيط علمى على مستوى المجتمع بأسره ^(١) . لذلك فقد قامت القوانين المتعاقبة — خاصة قوانين يوليو سنة ١٩٦١ — بتأميم الجانب الأكبر من قطاع الصناعة والتجارة ، فتحول بذلك جانب كبير من الاقتصاد المصرى الى الملكية الجماعية . وبذلك صار الاقتصاد المصرى موزعا بين الملكية الخاصة (القطاع الخاص) والملكية العامة أو الاشتراكية (القطاع العام) .

(١) فى كون النظام الاشتراكى هو أفضل النظم لتحقيق التنمية الاقتصادية ، راجع جلال احمد أمين ص ٢١٤ وما بعدها ، على البارودى بند ٥٩ وما بعده .

٢ - الملكية بين الحق العيني والوظيفة الاجتماعية

(الاداة الفنية لصيانة نظام الاموال)

الفرقة بين الحق العيني والحق الشخصى :

٧ - بمثل ما أثار تطور النظام الاقتصادى والاجتماعى الشك حول الملكية فى ذاتها ، فقد أثار هذا التطور الشك حول الاداة القانونية لصياغة نظام الأموال . فقد جرى القول بأن الشخص اذا ما اختص بشئ من الأشياء فى كل منفعه ومظهره أو فى بعضها فان هذا الشخص يكون له حق عينى على هذا الشئ . والأصل أن يكون هذا الاختصاص شاملا لكل ما يمكن أن يمثله الشئ من منافع ومظاهر ، وهى الاستعمال والاستثمار والتصرف ، فيكون الحق العينى حق ملكية . على أنه استثناء من ذلك قد تقتطع بعض منافع الشئ أو مظهره من المالك ويختص بها شخص آخر فيكون الحق المخول لهذا الشخص حقا متفرعا عن الملكية . فاذا كان هذا الاختصاص قاصرا على استعمال الشئ واستثماره دون التصرف فيه فيكون هذا الحق حق انتفاع ، واذا كان قاصرا على استعماله دون استثماره أو التصرف فيه فيكون حق استعمال (أو حق سكنى اذا تعلق الأمر بمنزل) ، واذا كان قاصرا على استعمال الشئ استعمالا جزئيا كالمرور فيه أو المظل عليه فيكون حق ارتفاق .

وهذا الحق الذى يرد على الشئ هو حق عينى من حيث انه يرد على الشئ مباشرة ، فلا يحتاج صاحبه الى تدخل من شخص آخر للحصول على ما يمثله حقه من منافع الشئ أو مظهره ، ولا يستطيع أحد مزاحمته فى هذه المنافع أو المظاهر ، خلافا لحق الدائنية الذى يتمثل فى رابطة بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما ، وهو الدائن ، مطالبة الآخر ، وهو المدين ، بأداء معين لا يستطيع أن يصل اليه الا عن طريقه ، ويكون فى مركز مساو لكل دائن آخر يكون له حق دائنية قبل نفس المدين . فالقصد من اضافة

صفة العينية على الحق الذى يرد على الشيء ، فيخول صاحبه الاختصاص بكل منافعه ومظاهره أو بعضها ، هو التعبير عن سلطتين يقتضيها هذا الاختصاص :

(١) امكان تتبع هذا الشيء الذى اختص به الانسان اذا ما انتقل الى غيره ، وسواء كان لهذا الغير حق آخر على الشيء أو كانت سيطرته عليه مجرد سيطرة فعلية ، لاقتضاء المنافع أو مباشرة المظاهر التى اختص بها فى هذا الشيء ، وهو ما يعرف عادة بسلطة التتبع ، وهى سلطة لا تتوافر فى حق الدائنية الذى لا يرد على شيء وانما على ذمة المدين . فطالما كان الشيء موجودا والحق العينى قائما كان لصاحب الحق أن يياشر سلطته على الشيء وأن يسترده ممن يحوزه أيا كان .

(٢) الاستئثار بالمنافع والمظاهر التى اختص بها الشخص على الشيء دون مزاحمة . فاختصاص الشخص بهذه المنافع والمظاهر يفترض منع بها فى هذا الشيء ، وهو ما يعرف عادة بسلطة التتبع ، وهى سلطة لا تتوافر أيضا فى حق الدائنية حيث يشترك جميع دائئى المدين بهذا الحق فى ذمته على قدم المساواة (١) .

انكار فكرة الحق والرد عليه :

٨ - غير أن هذه الصياغة الفنية لنظام الأموال بصفة عامة ، وللملكية بصفة خاصة ، قد تعرضت للنقد فى شقيها .

(١) اذا كان هذا هو معيار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، فان هناك نوعا من المراكز القانونية يتمثل فى تأمين يعطى لصاحب حق الدائنية على شيء معين ضمانا للوفاء به كالرهن والاختصاص والامتياز . ومثل هذا النوع من المراكز يخول صاحبه سلطة اقتضاء حقه من الشيء المخصص لضمان الوفاء به فى أى يد يكون ، فيبطل بذلك الحقوق العينية سالفة الذكر فى أنه يرد مباشرة على شيء معين ، وان كان يختلف عنها فى أنه لا يخول صاحبه سلطة الانتفاع المباشر بالشيء وانما مجرد سلطة اقتضاء حقه من المقابل النقدي لهذا الشيء . لهذا فقد اصطلح على اعتبار هذا النوع من المراكز القانونية من قبيل الحقوق العينية والتمييز بينها وبين النوع الاول من الحقوق العينية التى تخول سلطات مباشرة فى الانتفاع بالشيء عن طرق وصفها « بالتبعية » ووصف النوع الاول « بالاصلية » .

فقد سبق أن رأينا التيار الفكري الذي بدأ يتغلب على الملكية الفردية ابتداء من نهاية القرن التاسع عشر ، فيحد من إطلاقها ويخفف من طغيانها ، بما يطوعها لمقتضيات الحياة الاجتماعية ، عن طريق ما يضعه من قيود على ممارسة سلطاتها • ولقد حاول البعض أن يعبر عن هذا التيار في صعيد الفكر القانوني النظري ، فقال ان الملكية لم تعد حقا بالمعنى الدقيق اذ الحق يفترض صفة الاطلاق ، وانما مجرد « وظيفة اجتماعية » • فاذا كان كل فرد في المجتمع له دور عليه أن يؤديه ، فالمالك كذلك له دوره باعتباره حائزا لجزء من أموال المجتمع ويجب عليه أن يؤديه • وتشمل وظيفة الملكية عنصرين هما واجب المالك وسلطته في استعمال ملكه للوفاء بحاجاته ، وواجبه وسلطته في استعمال هذا الملك للوفاء بحاجات المجتمع ^(١) •

والواقع أن انكار وصف الحق على الملكية انما يرجع الى الخلط بين فكرة الحق في ذاتها كأداة فنية للصياغة ، وبين المضمون الفردي المطلق الذي كان يعطى لهذه الفكرة في مرحلة تاريخية معينة تحت تأثير المذهب الفردي • ففى ظل هذا الخلط كان الحق يعتبر ميزة للشخص منظورا اليه خارج كل حياة اجتماعية منظمة • ولكن اذا أمكن تجريد فكرة الحق من هذا المضمون الفردي المطلق والاحتفاظ بها كأداة للصياغة الفنية يمكن أن تستوعب مضمونا اجتماعيا كما تستوعب مضمونا فرديا ، فانها تظل صالحة لصياغة فكرة الملكية في ظل المجتمع الاشتراكي • فالملكية في المجتمع الاشتراكي يمكن أن تعتبر حقا بالمعنى الدقيق وان كان هذا الحق يأخذ مضمونا جديدا يختلف عن مضمون حق الملكية في المجتمع الرأسمالي ، بما يوضع من قيود على حرية المالك في الاستفادة من ملكه

(١) L. Duguit, Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon, 1912, p. 219 ; R. Savatier, Du droit civil au droit public, p. 8.

وانظر محمد على عرفه ، حق الملكية ، ج ١ ، بند ١٥

تحقيقا للوظيفة الاجتماعية للملكية (١) •

نقد التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي :

٩ - وإذا كانت فكرة الحق في ذاتها ما زالت صالحة لصياغة نظام الأموال في ظل المجتمع الاشتراكي ، فهل مازال من المناسب وصف هذا الحق « بالعينية » تميزا له عما يسمى بالحق الشخصي أو حق الدائنية ؟

من الواضح أن فكرة الحق العيني مستمدة من النظر الى الأشياء المادية التي تتمثل في عين من الأعيان • ففي حدود هذا النظر وحده يمكن التمييز بين الحق العيني وبين حق الدائنية الذي يرد على « الذمة » • غير أن التطور الاقتصادي الحديث قد كشف عن أشياء جديدة غير مادية، لا تتمثل في عين من الأعيان وإنما تتمثل في مجرد قيمة معينة ، ومع ذلك تخضع لنظم مشابهة لنظم الأشياء المادية في رهنها وتقرير الانتفاع بها ، كما هو الأمر في المحل التجاري والمؤلف والاختراع ، باعتبارها أشياء معنوية لا تتمثل في كيان مادي معين • ومن ناحية أخرى كشف التطور الاقتصادي عن حقوق دائنية جديدة ترد على « الذمة » ومع ذلك فهي تتمثل في كيان مادي معين ، كما هو الحال في الأوراق المالية كالأسهم

(١) راجع في هذا الموضوع رسالتنا « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques » ; Carbonnier, Droit civil, T. I, p. 136.

— طبعة باريس ١٩٦٧ ، بند ١١٤ —

ومهما يكن من أمر فالمالك يباشر سلطاته لحسابه ولتحقيق مصلحته الشخصية وإن كانت مصلحة المجتمع تتحقق نتيجة لذلك بطريق غير مباشر • ولذلك فيمكن القول إن للملكية وظيفة اجتماعية — وهي في ذلك لا تختلف عن سائر الحقوق — دون أن يتضمن ذلك انكارا لفكرة الحق ذاتها (منصور مصطفى منصور ، حق الملكية في القانون المدني المصري ، ١٩٦٥ ، ص ١٤ و ١٥ • وقارب Mohammad Mehdi Eljam, op. cit., p. 54 et ss. وينبه على البارودي (في سبيل نظام

قانوني موحد للمشروع التجاري العام ، بند ١٤٤) الى أن « التعبير الشائع الذي يرى أن حق الملكية قد أصبح «وظيفة اجتماعية» لا يتميز بالدقة • « فالوظيفة الاجتماعية » لا يمكن أن تكون وظيفة حق الملكية بل هي وظيفة المالك نفسه باعتباره عضوا عاملا في الجماعة قبل أن يكون مالكا » •

والسندات ^(١) . وقد ترتب على هذا التطور بشقيه أن ضاع الحد الفاصل بين الحق العيني والحق الشخصي ، أو بعبارة أخرى وجدت مجموعة من المراكز ليس من اليسير القول بضمها لهذا النوع أو ذاك مع الحقوق ^(١) .

ولعل هذا التطور هو الذى يفسر المحاولات المختلفة لهدم التفرقة بين الحق العيني وحق الدائنية . فقد ذهب البعض الى القول بأن الحق العيني ليس الا نوعا من الحق الشخصي يكون الدائن فيه هو صاحب الحق والمدين هو سائر الناس اذ يلتزمون بالامتناع عن التعرض لصاحب الحق فى تمتعه بحقه ^(٢) . ولكن هذه المحاولة لم يكتب لها النجاح . فقد تبين الفقه فى الحق الشخصي وجود مثل هذا الالتزام قبل الكافة بالامتناع عن التعرض ، الى جانب الالتزام المحدد الواقع على عاتق المدين بهذا الحق قبل الدائن به والذى لا مثيل له فى الحق العيني ^(٣) .

كذلك ذهب البعض الآخر الى القول بأن حق الدائنية ليس الا نوعا من الحق العيني يرد لا على مال معين بالذات وانما على مجموع الأموال الموجودة فى ذمة المدين ^(٤) . ولكن هذه المحاولة لم تفلح بدورها فى طمس معالم التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي . فهى تغفل وجود

Marty et Raynaud, Droit civil, T. II, 1960, No. 3.

(١)

(٢) وقد تحققت هذه الظاهرة فى أعلى صورها فيما يتعلق بالنقود . فان نقود لم تعد الآن تتمثل كما كانت من قبل فى وزن معين من المعدن ، وانما فى مجرد اداة معينة للدفع ، كالحية أو الفرنك وتستمد قيمتها من العوامل النفسية والاجتماعية والاقتصادية التى تحدد قوتها الشرائية . وعلى ذلك يمكن النظر الى النقود كحق عيني يرد على « الورقة النقدية » وكحق دائنية يتمثل فى قيمتها (راجع فى تحليل النظام النقدي من الناحية القانونية الفصل الاول فى الباب الاول من القسم الاول فى رسالتنا مسالفة الذكر)

(٣) فى عرض هذه المحاولة :

Planial et Ripert, Traité théorique et pratique de droit civil, T. III, 2ème éd., No. 37 et s. ; Marty et Raynaud, op. cit., No. 304.

(٤) فى نقد هذه المحاولة راجع حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، ١٩٦٥ ، بند ١٤

(٥) فى عرض هذه المحاولة :

Marty et Raynaud, idem ; R. Saleilles, Théorie général de l'obligation, 1925, No. 7 et ss., notamment No. 82 ; Carbonnier, op. cit., p. 39.

علاقة المديونية بين الدائن والمدين في الحق الشخصي ، تلك العلاقة التي تميزه عن الحق العيني ^(١) .

١٠ - على أن الجديد في الأمر هو محاولة الاستفادة مما أسفرت عنه المحاولات السابقة من إيضاح وتحديد لفكرة الحق العيني وفكرة الحق الشخصي في تقديم تقسيم جديد للحقوق يتفادى الصعوبات السابقة . هذه المحاولة تقوم على أساس التفرقة بين حق الملكية وبين كل من الحق الشخصي والحق العيني ^(٢) .

فالملكية تتسع لتشمل كل قيمة مالية سواء تمثلت هذه القيمة في شيء من الأشياء أو في مجرد حق من الحقوق الشخصية أو العينية (غير الملكية بالطبع) . ففكرة الملكية تعبر عن علاقة التبعية بين شخص معين وبين شيء أو حق منظورا إليه في ذاته ، ويقابلها ويفسرهما في آن واحد الواجب السلبي العام المفروض على الكافة بعدم التعرض لصاحب الحق ، والذي سبق اكتشافه في جميع الحقوق (عينية كانت أم شخصية) . وبذلك لا تكون هناك غرابة فيما نعرفه من امكان الدائن رهن الدين أو تقرير انتفاع عليه ، تلك السلطة التي يتمتع بها المالك أساسا .

أما الحق الشخصي فهو الدين اذا ما نظر إليه لا في ذاته وانما من خلال المدين به ، ويقابله ويفسره وجود التزام محدد على عاتق المدين يتميز عن الالتزام السلبي العام الواقع على الكافة ^(٣) .

(١) في تقييم هذه المحاولة راجع اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام ، ١٩٦٦ ، بند ٩ .

(٢) في عرض هذه المحاولة والدفاع عنها :
G. Ginossar, Droit réel, propriété et créance, Paris 1960, Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, R.T.D.C. 1962, p. 573 et ss.

(٣) فعلاقة الدائنية تحتوى في الواقع على حقين : حق ملكية اذا ما نظر إليها كقيمة مالية ، وحق شخصي اذا ما نظر إليها من خلال الطرف السلبي فيها . آية ذلك اجتماع الواجب السلبي العام الواقع على الكافة مع الالتزام المحدد على عاتق المدين في هذه العلاقة . وفي هذا يقول G. Ginossar (المراجع السابق ، بند ٣٤) :

أما الحقوق العينية فهي الحقوق المقررة لشخص معين على ملك الغير (وهي الحقوق العينية المعروفة عدا الملكية) ^(١) . وهذه الحقوق تماثل الحقوق الشخصية في وجود التزام فيها ومدين بها يقابل الالتزام والمدين في الحق الشخصي ، وهو الالتزام الذي يقع على عاتق صاحب الشيء المحمل بالحق العيني . ولكن الحق العيني يتميز عن الحق الشخصي ، في أن الالتزام الموجود فيه هو « التزام عيني » يرتبط بالشيء الذي يمارس عليه الحق ، وفي أن المدين به بالتالي غير معين اذ هو كل من يملك الشيء المحمل بالحق ومن وقت تملكه لهذا الشيء .

على هذا النحو يتفادى التقسيم الجديد للحقوق المالية الصعوبات الناشئة عن تكييف المراكز الجديدة التي كشف عنها التطور ، عن طريق التسليم بأنها تتضمن حق ملكية بجانب الحق الشخصي . ولكن يبقى بعد ذلك أن نلاحظ أن هذه المحاولة لا تتعدى في نتائجها جعل فكرة الملكية مرادفة لفكرة « الحق المانع » دون أن تلغى النتائج المعروفة للتقسيم الثنائي للحقوق المالية ^(٢) . فاذا كانت فكرة الملكية ترادف فكرة الحق ، فانه يبقى بعد ذلك أن هذه الملكية قد ترد على شيء مادي وقد ترد على شيء في الذمة . وهذا الاختلاف في المحل تنبعث منه الفروق المعروفة بين الحق العيني والحق الشخصي بمعناهما التقليدي .

والجدير بالذكر أن هذا التصوير للملكية يقترب من التصوير الذي

« Tout droit de créance s'analyse... en deux rapports distincts et coexistant, l'un relatif, l'autre absolu, ayant le même sujet actif, mais des sujets passifs différents. Le rapport relatif constitue la substance même de la créance ; le rapport absolu en assure simplement la maîtrise au créancier et la protection à l'égard des tiers.

(١) G. Ginossar المرجع السابق ، بند ٥ وما بعدها .

(٢) في نقد هذا التقسيم الثلاثي للحقوق راجع :
Dabin, Une nouvelle définition du droit réel, R.T.D.C., 1962, p. 20 - 44.

يأخذ به الفقه الاسلامي . فتعريفات الفقهاء للملك تؤول في النهاية الى علاقة أقرها الشارع بين الانسان والمال تجعله مختصا به وتجزئ له التصرف فيه . والمال لديهم يشمل الأشياء المادية كما يشمل الأشياء غير المادية من منافع وحقوق . ففكرة الملكية لديهم تمتد الى ملكية « العين » و ملكية « الدين » . والفقهاء حينما يعرضون لأنواع الملك يميزون بين الملك التام والملك الناقص . فالملك التام هو ما ثبت لذات الشيء ومنفعته معا بحيث يثبت معه للمالك فيهما جميع الحقوق المشروعة . والملك الناقص هو ما ثبت لواحد منهما فقط ، وهو نوعان : ملك الرقبة وحدها ، وملك المنفعة وحدها . وملك المنفعة اما أن يثبت للشخص فيقابل ما يعرف لدينا بحق الانتفاع ، واما أن يثبت للعين فيقابل ما يعرف لدينا بحق الارتفاق ^(١)

١١ - واذا كانت فكرة الملكية تتسع ، على النحو السابق ، لكل قيمة مالية ، سواء تمثلت هذه القيمة في شيء من الأشياء أو في حق من الحقوق العينية أو الشخصية ، فانه يصح التساؤل عما اذا كانت فكرة الملكية تتسع كذلك للأشخاص اذا ما كان الشخص يعبر هو الآخر عن قيمة مالية دون أو تتصل به قيمة انسانية ^(٢) .

واذا كانت اثاره مثل هذا التساؤل تبدو غريبة كل الغرابة أمام الفقه ، الذي درج على القول بأن الملكية لا يمكن أن ترد الا على الأشياء والأشياء المادية بالذات ، فان هذه الغرابة تخف حداثها بلا شك اذا ما تذكرنا أن الأنظمة القانونية القديمة التي كانت تعرف نظام الرق كانت تجعل من

(١) راجع في كل ذلك محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الاساسي وقواعد الملكية والعقود فيه ، ١٢٨٥ هـ - ١٩٦٦ م ، ص ٢١٨ وما بعدها . راجع أيضا القواعد للحافظ أبي فرج عبد الرحمن بن رجب انخبلى ، الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م ، خاصة القاعدة السادسة والثمانون ص ١٢٥ وما بعدها .

(٢) اثاره هذا التساؤل مناقشة مع الزميل الدكتور جلال العدوى حول ملكية أموال القطاع العام ، وما اذا كان يمكن تفسير احكامها عن طريق أسناد هذه الملكية الى المشروعات العامة والقول في نفس الوقت بأن هذه المشروعات تعتبر مملوكة للمؤسسة بالدولة . انظر ما يلي ص ٥٢ - ٥٩ .

الرقيق — بالرغم من أنه انسان كالانسان الحر سواء بسواء — محلا للملكية كالأشياء المادية • وإذا لم يكن الرقيق يتمتع بالشخصية القانونية في قانون كالقانون الروماني ، وانما كان ينظر اليه كشيء من الأشياء مما يحول دون التسليم بإمكان تملك شخص لشخص آخر ، فان الرقيق كان يتمتع في ظل الشريعة الاسلامية بالشخصية القانونية دون أن يحول ذلك دون ورود الملكية عليه •

وإذا كان الرق لم يعد قائما الان بحيث لا نستطيع أن نتكلم عن ملكية انسان لانسان آخر ، فان التطور الحديث قد كشف عن أشخاص قانونية جديدة لا تتمثل في انسان طبيعي وانما في مجرد تجمع للأشخاص الطبيعية أو للأموال حول غرض معين يضاف عليه المشرع الشخصية القانونية اعتبارا ، تمكينا له من اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات اللازمة لتحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله ، كالجمعيات والشركات المختلفة • وفي قمة هذه الأشخاص القانونية الاعتبارية ، نجد الدولة ذاتها — والأشخاص العامة الأخرى — باعتبارها التشخيص القانوني للأمة أو الشعب أو المجتمع • ووجود مثل هذه الأشخاص المعنوية لا شك يطرح للبحث مشكلة العلاقة بينها وبين الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون بتكوينها ، وما إذا كانت هذه العلاقة هي علاقة ملكية ، على الأقل إذا ما كانت هذه الأشخاص المعنوية تقوم على تحقيق غرض مالي •

فاذا قام مجموع من الأفراد بتكوين شركة مثلا عن طريق مساهمة كل منهم بحصة في رأسمالها ، فان الحصص تخرج عن ملكية الشركاء وتعتبر من هذا الوقت مملوكة للشركة باعتبارها شخصا معنويا ، في مقابل حق الشريك في نصيب مقابل من الأرباح الى يحتمل أن تحققها ، مما يثير التساؤل حول علاقة هؤلاء الشركاء بالشخص المعنوي الذي قاموا بإنشائه وهو الشركة ^(١) • ولما كانت الأشياء المستمرة في الشركة والتي تعتبر الأرباح ثمارا

(١) انظر في تقديم الحصص في رأسمال الشركة : مصطفى طه ، القانون التجاري ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ١٩٥٦ ، ص ٢٦٥ وما بعدها •

لها تعتبر مملوكة للشركة ذاتها كشخص معنوى وليس للشركاء ، فانه لا مناص من التسليم بمملوكية الشركة كشخص معنوى للشركاء . فالشركاء يقومون بتوجيه نشاط الشركة ، ويحصلون على أرباحها ويتحملون خسائرها ، ويتحكمون في وجودها ، على نحو تبدو معه هذه الملكيات المختلفة مقابلا لسلطات المالك المعروفة في الاستعمال والاستثمار والتصرف . وهذه المكنات المختلفة التى تثبت لكل من الشركاء لا يمكن تفسيرها الا على أساس أن كلا من الشركاء وان كان قد نقل الى الشركة ملكية الحصة التى تخصه فى رأسمالها الا أنه فى مقابل ذلك يصبح مالكا لحصة مقابلة لها فى الشركة ذاتها كشخص معنوى ، بحيث تكون الشركة مملوكة لجميع الشركاء على الشيوع . ولعل هذا التحليل يفسر كيف أن قواعد ادارة الشركات وحلها تماثل فى جوهرها قواعد ادارة الشىء المملوك على سبيل الشيوع والتصرف فيه .

على هذا النحو يمكن القول بأن الشخص الطبيعى يخلق الشخص المعنوى فيكون مملوكا له ، ثم يدفع اليه بأمواله ليقوم باستثمارها فيما يخصه له من أغراض ، تحت اشرافه ، فاذا ما حقق الشخص المعنوى ثمرة من ذلك كانت مملوكة له من الناحية القانونية ولكنها تعود الى الشخص الطبيعى فى النهاية باعتباره مالكا للشخص المعنوى ذاته . ولعل هذا القول يذكرنا بما كان يسمح به القانون الرومانى والشرعية الاسلامية من ترك السيد بعض أمواله لرفيقه يستثمره ، فتكون ثمرته له دون هذا الأخير .

أكثر من ذلك فان الشركات - وخصوصا المساهمة منها - تتجه فى العصر الحديث الى التجمع فى مجموعات كبيرة تضم كل مجموعة منها عدة شركات يسيطر بعضها على بعض مع احتفاظ كل منها بشخصيتها القانونية المستقلة ، على نحو يتيح للشركة التى تكون فى قمة المجموعة القيام بأنواع متعددة من النشاط التجارى والصناعى عن طريق الشركات

التي تسيطر عليها • ويتم تكوين هذه المجموعات عن طريق قيام الشركة الأم بخلق الشركات الفرعية أو شرائها لأسهمها ^(١) • وفي هذه الحالة أيضا تكون أموال الشركات الفرعية مملوكة لها ، ولكن الشركة الأم تقوم بتوجيه نشاط هذه الشركات والحصول على ناتج استثمارها والتحكم في وجودها ، على نحو لا يمكن تفسيره الا بالقول بمملوكة الشركات الفرعية للشركة الأم ^(٢) •

خلاصة القول أنه كما سلمنا بمملوكة الحق فلا بد أن نسلم كذلك بمملوكة الشخص المعنوي بالرغم من تمتعه بالشخصية القانونية ، على الأقل كلما كان هذا الشخص يمثل في قيمة مالية معينة ، وكانت الشخصية القانونية مجرد وسيلة لاستثمار هذه القيمة على نحو أكمل دون أن تعبر عن قيمة انسانية كما يعبر الشخص الطبيعي • والقول بمملوكة الشخص المعنوي على هذا النحو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية اقتضتها الاعتبارات الاقتصادية والقانونية التي تتمثل في ضرورة خلق شخص قانوني يقوم بعملية الانتاج ويمارس سلطة الملكية على أدواته على سبيل الاستقلال ، في الوقت الذي يكون فيه من اختصاص شخص آخر يستأثر به فيكون خاضعا لتسلطة المانع في وجوده وفي منفعته •

Michel Vanhaeche, Les groupes de sociétés, Paris 1959 ; Succur- ^(١)
sales et Filiales dans le Marché Commun (Problèmes juridiques et fiscaux),
Etudes réalisées sous l'égide de l'Association Européenne d'Etudes
Juridiques et Fiscales, Paris 1963.

(٢) يحلل الفقه هذه الظاهرة الى عنصرين أساسيين ، العنصر الاول هو الشخصية المعنوية التي تتمتع بها الشركات الفرعية بجانب شخصية الشركة الأم ، والعنصر الثاني هو اشرافه والاشراف التي تمارسها الشركات الأم على الشركات الفرعية من الناحية المالية والادارية والذي تخوله لها مساهمتها في هذه الشركات (انظر في هذا الشأن القسم الاول من مؤلف Michel Vanhaeche السابق الإشارة اليه) •

ويبدو لنا أن فكرة الرقابة والاشراف المستند الى المساهمة تقصر عن اجلاء طبيعة العلاقة بين الشركة الأم والشركات المتفرعة عنها • فهذه الرقابة وهذا الاشراف مازالا في حاجة الى أساس يستندان اليه ، وهذه المساهمة مازالت في حاجة الى التكييف •

وفي نظرنا أن أساس الرقابة والاشراف هو ملكية الشركة الأم للشركات الفرعية كأشخاص معنوية ، وأن المساهمة لا يترتب عليها ملكية الشركة الأم لأموال الشركات الفرعية التي تساهم بها فيها وانما ملكية حصة في هذه الشركات ذاتها كأشخاص معنوية • بقدر يقابل هذه المساهمة •

ويلاحظ أن انتهاء الشخص المعنوي محل الملكية يترتب عليه نفي التدرج السابق في الملكية ، فتعود الأشياء التي كانت مملوكة لهذا الشخص الى ملكية الشخص الذي أنشأه بعد أن زالت الواسطة بينه وبينها .

هل يمكن ابتداء حقوق عينية غير التي نص عليها القانون :

١٢ - اذا كان حق الملكية والحقوق العينية مازالت الأداة القانونية للتعبير عن مدى اختصاص الأشخاص بالأموال فانه يبدو من التعداد السابق لهذه الحقوق أنها تستغرق كل الفروض المتصورة لهذا الاختصاص، سواء كان شاملا لكل هذه المنافع أو لبعضها فقط ، بحيث لا يتصور وجود حقوق عينية أخرى على الشيء . ومع ذلك فقد ناقش الفقه امكانية قيام الأفراد بإنشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها المشرع . فقال البعض في فرنسا ومصر بجواز الاتفاق على انشاء حقوق عينية جديدة لم ينص عليها القانون ، وضربوا مثلا لذلك حالة التزام مالك سطح الأرض بعدم مطالبة مستثمر المنجم بالتعويض عن الأضرار المترتبة على هذا الاستثمار ، وحالة التزام مشتري المحل التجاري بالامتناع عن ممارسة بعض أوجه النشاط التي يحتفظ بها البائع لنفسه ، فقالوا بوجود حق عيني في هذه الحالات لصالح مستثمر المنجم أو بائع المحل التجاري يرتبط بالأرض أو بالمحل التجاري ولا يزول ببيع أى منهما الى مشتر جديد ^(١) . ولكن أغلبية الفقه تذهب الى أن الحقوق العينية قد وردت في القانون على سبيل الحصر بحيث لا يجوز للأفراد ابتداء حقوق جديدة غير تلك التي نص عليها القانون ، تأسيسا على أن الحق العيني من حيث أنه يخول صاحبه سلطة التسلط المباشر على الشيء في حدود مضمون حقه ، فهو حق مطلق يجب

(١) في بيان الفقه الذي يأخذ بهذا النظر راجع :

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 6ème éd. par E. Bartin, T. 2 note quater p. 71.

وقد سار لقضاء الفرنسي في هذا الاتجاه وتبعته بعض المحاكم المصرية (انظر الاحكام المشار اليها في : محمد على عرفة ، بند ١٩ وما بعده) .

على الناس احترامه ، ولا يمكن باتفاق بين الأفراد خلق واجب سلبي عام على الناس كافة باحترام الحق العيني الذي يتدعه الأفراد باتفاق بينهم ^(١) .

ونلاحظ على هذا الرأي الأخير أن الواجب السلبي العام الواقع على الكافة باحترام الحق يوجد — كما سبق أن رأينا — بالنسبة للحق العيني ^(٢) مما يمكن معه القول بأنه ليس هناك مانع قانوني من امكان الأفراد ابتداع حقوق عينية جديدة باتفاقاتهم اذا كان ذلك متصورا من الناحية العملية . ولكن الواقع أن الأمثلة التي ضربها الفقه لحقوق عينية يتدعها الأفراد لا تتضمن حقوقا عينية جديدة لم ينص عليها المشرع وانما مجرد تحديدات أو توابع لهذه الحقوق التي نص عليها القانون ^(٣) . ومثل هذه التحديدات أو التوابع لا شك في جوازها اذا لم يكن فيها ما يخالف النظام العام ، ولا شك في الزامها لمن ينتقل اليه الشيء المحمل بها اعمالا لقواعد الاستخلاف في الالتزامات والحقوق الشخصية اذا كانت من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف وكان هذا الأخير على علم بها ، تطبيقا لحكم المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري الجديد ، ودون حاجة الى اعتبارها من قبيل الحقوق العينية . ولعل انعدام مثل هذا النص في القانون الفرنسي والقانون المصري القديم هو الذي دفع بعض الفقه الى اعتبار هذه الصور من قبيل الحقوق العينية توصلا الى الزام الخلف بها ^(٤) .

(١) حسن كيرة ، المرجع السابق ، بند ١٨ ، اسماعيل غانم ، حق الملكية ، ١٩٦١ ، بند ٤ ، محمد على عرفة ، المرجع السابق ، بند ١٨ .

(٢) Marty et Raynaud, op. cit., No. 8 ; Ginossar, op. cit., No. 58.

(٣) Marty et Raynaud, op. cit., No. 8.

(٤) اسماعيل غانم ، بند ٤ .

في تطور الفقه والنقضاء نحو الاحتجاج بالحقوق الشخصية على غير المعتادين :
Limpens, de l'opposabilité des contrats à l'égard des tiers, Mélanges
P. Roubier, 1961, T. II, p. 89 et ss.

١٣ - على ضوء الأفكار السابقة في تطور نظام الملكية وفي تحديد طبيعتها نفصل القول في نظام الملكية في الجمهورية العربية في قسمين أساسيين :

القسم الأول : حق الملكية : ونعرض فيه لتحليل الملكية ، أنواعها ومضمونها وأوصافها •

القسم الثاني : مصادر الملكية : ونعرض فيه لتداول الملكية بين الأشخاص طبيعية كانت هذه الأشخاص أم معنوية وما يفرضه القانون من قيود على ذلك •

القسم الأول

حق الملكية

١٤ - تعبر فكرة الملكية ، في معناها البسيط المستمد من الواقع الذى عاشه الانسان منذ بدأ الخليقة ، عن اختصاص الشخص بشيء من الأشياء اختصاصا يكفل له السيطرة على منفعه وكيانه . والملكية على هذا النحو تقتضى شخصا معيناً يسند اليه الاختصاص بالشئ المملوك ، طبعيا كان هذا الشخص أم معنويا وعاما كان الشخص المعنوى أم خاصا ، بما يفضى الى تنوع صورها ، وتتحصل فى مكنت معينة يمارسها المالك على ملكه تعتبر مضمونا لها .

على أن الملكية قد تقتزن بعد ذلك بوصف من الأوصاف مما يغير من وضعها العادى .

على هذا النحو نعرض لتحليل حق الملكية فى أبواب ثلاثة :

الباب الأول : صور الملكية .

الباب الثانى : مضمون الملكية .

الباب الثالث : أوصاف الملكية .

الباب الأول

صور الملكية

١٥ - يتوزع النشاط الاقتصادي في الجمهورية العربية المتحدة ، كما رأينا ، بين قطاعين أساسيين : القطاع العام والقطاع الخاص . هذا الأساس هو الذى أخذ به ميثاق العمل الوطنى الصادر فى مايو ١٩٦٢ ، والذى وضع الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية للمجتمع التى تلتزم بها الحكومة حتى سنة ١٩٧٠ . فالملكية فى مصر تتخذ اذن صورتين أساسيتين : الملكية الخاصة والملكية العامة . وهذا التعايش بين النوعين من الملكية فى مجتمع اتخذ تحقيق النظام الاشتراكى كهدف نهائى يسعى للوصول اليه يجعل من الضرورى أن نتعرف على التصوير الذى اختاره المشرع المصرى لهما ، والذى قد يميزهما عن سمات الملكية الخاصة أو العامة فى المجتمعات الرأسمالية أو الاشتراكية التى سبقتنا فى التجربة . على أن دستور سنة ١٩٦٤ يشير ، عند بيانه لأشكال الملكية ، الى نوع ثالث من الملكية هو الملكية التعاونية . فقد نصت المادة ١٣ من هذا الدستور على أن « الملكية تكون على الأشكال التالية : (أ) ملكية الدولة أى ملكية الشعب ، وذلك بخلق قطاع عام قوى وقادر ، يقود التقدم فى جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية (ب) ملكية تعاونية أى ملكية كل المشتركين فى الجمعية التعاونية (ج) ملكية خاصة أى قطاع خاص يشترك فى التنمية فى اطار الخطة الشاملة لها من غير استغلال على أن تكون رقابة الشعب شاملة للقطاعات الثلاثة مسيطرة عليها » .

الفصل الأول : الملكية الخاصة

الفصل الثانى : الملكية العامة

الفصل الثالث : الملكية التعاونية

الفصل الأول

الملكية الخاصة

١٦ - تقوم النظم الرأسمالية أساساً على الملكية الخاصة ، كما أن أكثر النظم الاشتراكية تطرفاً لم تصل الى حد القضاء التام على هذه الملكية . غير أن للملكية الخاصة في مصر مركز يختلف عن مركزها في هذين الطرفين المتناقضين . هذا المركز ينعكس بالضرورة على نطاقها وخصائصها ، ومدى الحماية المكفولة لها .

المبحث الأول

الملكية الخاصة بين النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي

الملكية الخاصة والنظام الرأسمالي :

١٧ - تستمد النظم الرأسمالية فلسفتها من المذهب الفردي الذي يرى أن للإنسان حقوقاً طبيعية تقتصر وظيفة المجتمع على ضمان احترامها ، ذلك الاحترام الذي يحقق بدوره صالح المجتمع . والملكية الخاصة في هذا المذهب حق طبيعي مقدس يعبر عن حاجة الفرد ، فضلاً عن أنه يحقق صالح المجتمع باعتباره أعظم حافز على زيادة الانتاج وتحسينه ^(١) .

(١) كانت الملكية في العهد الإقطاعي انعكاساً للتكوين الاجتماعي فيه ، ذلك التكوين الذي يميز بين السيد وبين تابعيه . فقد كانت الملكية تتضمن حقين : 'الملكية الفعلية' (domaine utile) وتكون للنابغ (Vassal) والملكية الأصلية (domaine iminent) وتكون للسيد (Seigneur) وتمثل في بعض المزايا والخدمات التي يؤديها التابع إليه . وبمرور الزمن اقتربت الملكية الفعلية من الملكية الفردية وألت الملكية الأصلية التي مجرد تكاليف تثقل الأرض، حتى كانت الثورة الفرنسية تحررت الأرض من هذه التكاليف الإقطاعية وصارت الملكية الفعلية ملكية خاصة لصاحبها (انظر في ذلك السنهوري ، بند ٢٩٢) .

على هذا النحو ينسب مجال الملكية الخاصة في النظم الرسالية ليشمل جميع أوجه النشاط الاقتصادي سواء ما كان منها معدا للاستهلاك أو ما كان معدا للاستثمار وإنتاج الجديد من الثروات ، ويقتصر مجال نشاط الدولة ممثلا في الملكية العامة على المشروعات التي لا يقوم عليها الأفراد لأنها لا تحقق مصلحة خاصة لهم بالرغم مما فيها من نفع محقق للمجتمع .

وبالمثل ينسب سلطان المالك على ملكه دون ما حدود ترده ، فيكون له كامل السلطات المتصورة على الشيء من استعمال واستثمار وتصرف ، ويكون له كامل الحرية في مباشرة هذه السلطات أو عدم مباشرتها بما يحقق مصلحته الشخصية دون نظر الى ما قد ينتج عن هذه المباشرة من استغلال للغير أو اضرار به ودون نظر لما قد ينجم عن عدم مباشرتها من تعطيل لثروات المجتمع ، كما يكون له أن يمنع الغير من الانتفاع بملكه ولو لم يكن يترتب على هذا الانتفاع أى ضرر له . ومن هنا كان القول بأن الملكية حق مطلق يمتد الى جميع السلطات المتصورة على الشيء ، وحق دائم لا يسقط بترك الشيء المملوك أو عدم مباشرة سلطات الملكية عليه مهما طالت مدة الترك أو عدم المباشرة ، وحق مانع يجعل المالك وحده متمتعا بسلطات الملكية دون مشاركة من أحد .

ونتيجة لذلك فإن وظيفة الدولة الأساسية تتمثل في حماية الأفراد من كل اعتداء يقع من أحدهم على الآخر في ملكه . أما أن تمتد يد الدولة الى تقييد المالك في ممارسته لسلطاته بحجة منع استغلاله لمن يرتبط بهم في هذه الممارسة أو منعه من الأضرار بالغير ، وأما أن تمتد يدها الى انتزاع الملكية من صاحبها بحجة إعادة توزيع الثروة توزيعا عادلا ، فذلك ما يخرج عن حدود وظيفتها .

« وإذا كانت المادة ٤٤٤ من القانون المدني الفرنسي الذي يعتبر نموذجا

لنظرية الرأسمالية في الملكية تردف تعريفها للملكية بأنها حق في التمتع والتصرف في الأشياء بطريقة مطلقة ، باشتراطها ان لا يكون استعمال هذه الأشياء مما تحظره القوانين واللوائح ، فان واضع هذا القانون لم يكن في أذهانهم سوى بعض الارتفاقات المتعلقة بالمصلحة العامة والتشريعات المتعلقة بالأماكن الخطرة ونزع الملكية للمصلحة العامة .

الملكية الخاصة والنظام الاشتراكي :

١٨ - أما النظم الاشتراكية فتستمد فلسفتها من المذهب الاجتماعي الذي يرى أن الفرد ليس له كيان مستقل عن الجماعة التي يعيش فيها ، وينكر وجود حقوق طبيعية للفرد سابقة على وجوده ، ويرى أن من حق المجتمع التدخل لمنع استغلال الانسان لأخيه الانسان . لذلك فالفكر الاشتراكي ينادى بضرورة إلغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج الغاء تاما باعتباره الوسيلة الوحيدة للقضاء على الاستغلال ، فalcضاء على هذا الاستغلال يقتضى أن يحصل العامل على جميع ما ينتجه باعتبار عمله هو المصدر الوحيد لانتاجه ، ولكن الواقع أن المالك في ظل نظام الملكية الخاصة يقاسمه هذا الانتاج بمقتضى ملكيته لوسائل الانتاج . فما يحصل عليه المالك - بدون عمل - يعتبر استغلالا للعامل ، ومن ثم فالسبيل الى الغاء هذا الاستغلال هو القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج، وجعل العمل هو المعيار الوحيد للتوزيع في الجماعة ^(١) .

تطبيقا لذلك نجد التطبيق السوفيتي يكاد يلغى الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ويقصرها على وسائل الاستهلاك . بل ان الفقهاء السوفيت يأتقون من تسمية هذه الملكية بالملكية الخاصة لاقران الملكية الخاصة في أذهانهم باستغلال الانسان للانسان .

(١) في نظرية القيمة وفائض القيمة في الفكر الاشتراكي الماركسي راجع جلال أحمد أمين « المرجع السابق » ، ص ٩٧ - ١١٦ .

فالملكية الخاصة تقتصر في مجال الانتاج على الاستثمارات الزراعية الصغيرة والمشروعات الحرفية التي لا تستخدم أيديا عاملة مأجورة (م ٩ من دستور ١٩٣٦) ، كملكية الصانع الصغير للآلة التي يعمل عليها بيده وملكية المزارع لبعض المواشي التي يستهلك لبنها . أما في مجال الاستهلاك فتشمل الملكية الخاصة ما يسمى بالملكية الشخصية ^(١) التي تتمثل في أجر الانسان من عمله ومدخراته ، بالإضافة الى المسكن والأدوات المنزلية وأدوات الاستعمال الشخصي (م ١٠ من دستور ١٩٣٦) ^(٢) ، كما تشمل ما يسمى بالملكية العائلية ، وتتمثل في بعض المباني والمنشآت والمزروعات التي تقام على قطعة من الأرض تمنح الدولة للعائلة حق الانتفاع بها بحيث تكون مملوكة لها دون الأفراد المكونين لها ويتولى رئيس العائلة ادارتها ^(٣) .

والملكية الخاصة في الاتحاد السوفيتي لا تتمتع على هذا النحو بأي من الخصائص التي تتمتع بها في النظام الرأسمالي . فسلطان المالك على ملكه مقيد دائما بما تقتضيه أهداف النظام الاشتراكي ، سواء فيما يتعلق بمدى حريته في الانتفاع بملكه ، أو في مدى دوامه معقودا له ، أو في مدى استئثاره به ^(٤) .

والملكية الخاصة في الاتحاد السوفيتي تعتبر مرحلة تطور مآلها الى

(١) تتمتع هذه الملكية بحماية خاصة بالنظر لطبيعتها ، فلا يمكن الحجز عليها ويمكن نقلها أو رهنها أو توريثها دون قيود (انظر في هذا الشأن :

(K. Katzarov, op. cit., p. 179 et ss.

ويمكن التقريب بين هذا النوع من الملكية والاموال التي لا يجوز الحجز عليها ونفا لقانون المرافعات في البلاد الغربية

(٢) في تفصيل هذه الملكية ومحتوياتها انظر :

K. Stoyanovitch, Le régime de la propriété en U.R.S.S., Paris, 1962, No. 115 et ss.

(٣) في تفصيل هذه الملكية ومحتوياتها انظر المرجع السابق بند ١٠٠ وما بعده .

(٤) راجع هذا الصدد :

R. David et J. Hazard, Le droit soviétique, T. II, 1964, p. 18 et ss.

الزوال عندما يصل المجتمع الى مرحلته النهائية ، لذلك فهي في مرتبة أدنى من أنواع الملكية الأخرى . وطبيعى أن تنعكس هذه النظرة الى الملكية الخاصة على مدى الحماية المقررة لها وعلى وسائل هذه الحماية . فالملكية الخاصة ترتفع عنها حماية القانون كلما أصبحت متعارضة مع البرنامج السياسى الاشتراكى سواء تمثل هذا التعارض فى أساسها بالمصلحة العامة أو بمصلحة خاصة أخرى يرى القاضى أنها أقرب الى التعبير عن أهداف المجتمع الاشتراكى . والملكية الخاصة تقتصر حمايتها على وسائل القانون العام دون وسائل الحماية الأخرى الاستثنائية التى تتمتع بها أنواع الملكية الأخرى ^(١) ،

المبحث الثانى

الملكية الخاصة فى الجمهورية العربية المتحدة

١٩ - لم يذهب النظام الاشتراكى فى مصر الى حد إلغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، وانما اكتفى بتحقيق سيطرة الدولة على وسائل الانتاج الأساسية التى تتمثل فى هياكل الانتاج والمصارف والجانب الأعظم من قطاع الصناعة والتجارة . فقد نص ميثاق العمل الوطنى فى ايباب السادس منه على أن : « سيطرة الشعب على كل أدوات الانتاج لا تستلزم تأميم كل وسائل الانتاج ، ولا تلغى الملكية الخاصة ولا تمس حق الارث المترتب عليها ، وانما يمكن الوصول اليها بطريقتين :

أولهما : خلق قطاع عام وقادر يقود التقدم فى جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية فى خطة التنمية .

K.S. Tóyanovitch, op. cit., No. 123.

(١)

ثانيهما : وجود قطاع خاص يشارك في التنمية في اطار الخطة الشاملة لها من غير استغلال • على أن تكون رقابة الشعب شاملة للقطاعين مهيمنة عليهما معا » •

وفي موضع آخر من نفس الباب نص الميثاق على أن « الأهمية الكبرى المتعلقة على دور القطاع العام لا يمكن أن تلغى وجود القطاع الخاص • ان القطاع الخاص له دوره الفعال في خطة التنمية من أجل التقدم، ولا بد له من الحماية التي تكفل له أداء دوره •

والقطاع الخاص الآن مطالب بأن يجدد نفسه ، وبأن يشق لعمله طريقا من الجهد الخلاق ، لا يعتمد كما كان في الماضي على الاستغلال الطفيلي » •

كذلك نص الميثاق في الباب السابع منه على أن « التطبيق العربي للاشتراكية في مجال الزراعة ، لا يؤمن بتأميم الأرض وتحويلها الى مجال الملكية العامة ، وإنما هو يؤمن ، استنادا الى الدراسة والى التجربة ، بالملكية الفردية للأرض في حدود لا تسمح بالاقطاع » •

٢٠ - ولقد أثار تميز النظام الاشتراكي لدينا ، كما هو مطبق بالفعل، عن غيره من النظم الاشتراكية ، بإبقاء على الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج في نطاق معين ، نقاشا حادا حول نظرة نظامنا الى الملكية الخاصة ومستقبلها في ظلّه •

فقد ذهب البعض الى أن النظام الاشتراكي المصري ينظر الى الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج نفس نظرة الماركسية اليها باعتبارها في ذاتها أداة استغلال الانسان للانسان ، مستفيدين في ذلك من اضعاف الميثاق وصف العلمية على نظامنا الاشتراكي ، ذلك الوصف الذي عرفت به الاشتراكية

الماركسية • ويرتب هذا البعض على ذلك أن الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج مآلها في النظام الاشتراكي المصري الى الزوال • أما وجودها الحالي فهو وجود ، « مرحلى » تفرضه ظروف المرحلة التى نمر بها من نقص أموال الاستثمار فى الدولة عما تتطلبه التنمية ، وعدم إمكان القطاع العام الاستفادة من جميع الطاقات العاملة فى المجتمع فى المرحلة الراهنة (١) .

وذهب البعض الآخر الى أن النظام الاشتراكي المصري له نظريته الذاتية للملكية الخاصة التى تتميز عن النظرة الماركسية ، والتى عبر عنها الميثاق فى جلاء ووضوح • فقد تبلورت النظرة الاشتراكية الماركسية للملكية الخاصة فى عصر كانت فيه الرأسمالية فى قمة طغيانها الذى لا تحده حدود القانون، فكان طبيعيا أن تتصور — ان خطأ وان صوابا — أن القضاء التام على هذه الملكية فى مجال الإنتاج هو الطريق الوحيد للقضاء على الاستغلال الرأسمالى • أما نظرة الميثاق الوطنى المصرى للنظام الاشتراكي فقد جاءت فى وقت أثبتت فيه كثير من التجارب الاشتراكية السابقة جدوى بقاء الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج فى الحدود التى لا تخل بسيطرة القطاع العام على وسائل الإنتاج الرئيسية فى المجتمع (٢) ، كما أثبتت إمكان القضاء على الاستغلال الذى صاحب الملكية الخاصة فى النظام الرأسمالى عن طريق تنظيم القانون للعلاقات المختلفة التى يدخل

(١) عبد الرازق حسن ، خريطة الاقتصاد القومى بين القطاع العام والقطاع الخاص ، الطليعة يونيو ١٩٦٥ ، ص ٦٩ . فى هذا الاتجاه أنظر أيضا : فؤاد مرسى ، البنوك بين الدول الاستعمارية والمستعمرات ، الطليعة يناير سنة ١٩٦٦ ص ١٠٠ وما بعدها ، طارق البشرى ، الاتجاهات الفكرية فى مفهوم الملكية ، الطليعة أكتوبر سنة ١٩٦٦ ، ص ٣٠ وما بعدها ، اسماعيل صبرى عبد الله ، القطاع العام بين الرأسمالية والتجربة المصرية ، الطليعة، نوفمبر سنة ١٩٦٦ ، ص ٤٩ وما بعدها .

(٢) تتلخص بواغث بقاء الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج بجانب القطاع العام فى معلونة هذا الأخير بما يتيح من فرص العمل ومن وجوه الاستثمار التى قد يبتكرها أصحابها ، وفى تنشيطه بما يفتح أمامه من مجالات المنافسة الحرة فى إطار التخطيط الاقتصادى العام وما يقدمه من أداة للحكم على مدى فاعليته بمقارنة ما يحققه القطاع الخاص والقطاع العام من نتائج (أنظر فى هذا الشأن بصفة خاصة على البارودى ، دروس فى الاشتراكية العربية ص ٩٣ ، فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العلم ، بند ٦١ وما بعده) .

فيها المالك مع غيره تنظيماً عادلاً • وعلى ذلك فالإبقاء على الملكية الخاصة لمسائل الإنتاج — في الحدود والشروط التي وضعها الميثاق — يعتبر وفقاً لهذا الرأي وضعاً مستقراً وليس مرحلة تطور •

٢١ — ونحن لا نشك في أن النظام الاشتراكي في مصر يهدف إلى القضاء الشامل على الاستغلال الرأسمالي وفي أن الاستغلال يتمثل بالضرورة في حصول المالك على نصيب من الناتج بمقتضى مركزه كمالك ودون جهد يبذله في الإنتاج ، ولكننا نشك في أن مجرد إلغاء الملكية الفردية يؤدي بالضرورة إلى القضاء على الاستغلال • فقد يتسكن بعض الأفراد من استغلال البعض الآخر استناداً إلى مراكز أخرى للسلطة غير مركز المالك • وكلنا يعرف التفاوت الضخم في سلم الأجور وفي الخدمات الاجتماعية والصحية في الاتحاد السوفيتي (١) •

فلكى يتم القضاء على الاستغلال يجب أن تكفل القوانين الاشتراكية بتحديد نصيب عادل لكل فرد في الإنتاج وفي الخدمات المختلفة • ومادام الأمر كذلك فليس هناك ما يحول دون الإبقاء على الملكية الخاصة — في نطاق لا يخل بسيطرة القطاع العام على الإنتاج والتوزيع — كحافز من حوافز الإنتاج ، خاصة إذا كانت ظروف المجتمع المختلفة تتطلب هذا الحل ، مع إعادة تشكيل العلاقات المختلفة المترتبة عليها بما يقضى على الاستغلال ، أو على الأقل بما يحد منه إلى أكبر قدر ممكن • على هذا النحو نجد أن مطالعة نصوص الميثاق والقوانين المختلفة المتعلقة بالعلاقات الناشئة عن الملكية تنبئ عن استناد النظام الاشتراكي المصري إلى تعايش القطاع الخاص مع القطاع العام — في الحدود التي تكفل سيطرة الأخير — مع تشكيل سلطاتها ومدى حمايتها تشكياً يرتفع بوظيفتها

(١) يشير الدكتور على البارودي في هذا الصدد (في مسيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى للعام من ٦٨ هـ ٢) إلى مؤلف شارل بنلهام عن التخطيط الاشتراكي ، ص ٢٥ وما بعدها •

الاجتماعية الى قمة مستواها ويباعد بينها وبين خصائص الملكية الخاصة
في النظام الرأسمالي •

فمن ناحية تنظيم استعمال المالك لسلطاته نجد أن النظام الاشتراكي
في مصر ان كان يبقى على الملكية الخاصة في الحدود السابق بيانها ، فانه
يقصد بذلك الملكية غير المستغلة ، ويرسم السبيل الى تخلص هذه الملكية
من الاستغلال عن طريق اعادة صياغة العلاقات المختلفة الناشئة عنها ^(١)
صياغة قانونية تكفل لكل من أطرافها نصيبا عادلا في الربح والانتاج •
فعلاقة المالك بالعامل يجب أن تتحول من علاقة استغلال لظروف العرض
والطلب على العمل لتصبح علاقة تعاون عادل وشركة في الربح وفي الادارة.
عن طريق القوانين التي تحدد الأجور وتشرك العامل في الربح وفي ادارة
المشروع • وعلاقة المالك بمستهلك السلعة أو الخدمة التي يقدمها المالك
تتحول من علاقة استغلال لظروف العرض والطلب على هذه السلعة
أو الخدمة في سبيل الحصول على أكبر ربح ممكن بأقل جهد الى علاقة يحدد
فيها للمالك المنتج ربح معلوم يتناسب مع دوره في الانتاج ، عن طريق
القوانين التي تحدد أثمانا مدروسة للسلع والخدمات ، وايجارا للأراضي
الزراعية • وعلاقة المالك بجاره لا يحكمها مبدأ اطلاق يد المالك في
الانتفاع بملكه واستثثاره بهذا الانتفاع وانما يحكمها تنظيم عادل لعلاقات
الجوار عن طريق منع المالك من الأضرار بجاره ضرا غير قانوني
وتمكين الجار من استعمال هذا الملك اذا اقتضت الضرورة ذلك وفي
نظير التعويض العادل الخ •

(١) في تحليل العلاقات المختلفة المترتبة على الملكية الرأسمالية انظر :
Karl Renner, The institutions of private law and their social functions,
1949, specially, ch. 4, section II.

(٢) على البارودي ، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام ، بند ٨٩ •

فالملكية الخاصة لوسائل الانتاج فى نظام اشتراكى تتجه على هذا النحو الى التحول الى مجرد « رأس مال » . فالمالك يكاد لا يحتفظ من سلطات الملكية بغير الحق فى دخل رأسماله المتمثل فى الشئ المملوك له والحق فى التصرف فيه .

كذلك فمن العلامات البارزة للنظام الاشتراكى فى مصر خضوع الانتاج والتوزيع لمبدأ التخطيط الشامل باعتباره الطريقة الوحيدة التى تضمن استخدام جميع الموارد الوطنية ، المادية والطبيعة والبشرية ، بطريقة عملية وعلمية وانسانية لتحقيق الخير والرفاهية لمجموع الشعب . ولا شك أن هذا المبدأ يفرض توجيه الملكية الخاصة ، مثلها فى ذلك مثل ملكية القطاع العام ، لخدمة أهداف الخطة ، وخضوعها لأحكامها ، وتلك هى قمة اعمال الوظيفة الاجتماعية للملكية .

أما من ناحية الحماية الواجبة للملكية الخاصة فى مصر ، فإن بقاء هذه الملكية مرهون بما تحققه من نفع اجتماعى . لذلك فإذا كان للمالك جميع السلطات المتصورة على الشئ ، فليس له الحرية فى استعمال هذه السلطات أو عدم استعمالها دون أن يترتب على ذلك التأثير فى وجود الحق ذاته . فقعود المالك عن مباشرة ملكه يضر بالمجتمع بتعطيل ثرواته التى هو فى أشد الحاجة اليها ، ومن ثم ينبغى التسليى بأن قعود المالك عن استعمال ملكه يخول للدولة تقرير اسقاطه عنه بحيث يؤول اليها فتقوم باستثماره بنفسها أو تقوم بتوزيعه على الأفراد . بل انه يصح التساؤل فى هذا الصدد عما اذا كان من المناسب تجريد المالك من حق الملكية اذا كان لا يحافظ على الشئ المملوك له والعناية به العناية الواجبة .

كذلك فمن البديهي أن بقاء الملكية الخاصة مرهون بعدم فتحها الباب الى التحكم فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية . ومن ثم فالميثاق يقف فى وجه الاحتكار كما يقف فى أوجه الانحراف الأخرى التى لا تتفق

مع الأساس الاشتراكي للدولة وتعطل أهداف خطة التنمية . لذلك لم يعد
مساس الدولة بالملكية الخاصة قاصرا على نزع الملكية للمنفعة العامة
أو الاستيلاء عليها استيلاء مؤقتا في الحالات الطارئة أو المستعجلة في
مقابل تعويض عادل ، وإنما أصبح التأميم وحراسة الطوارئ أو الأمن
جزءا لخروج الملكية الخاصة عن وظيفتها الاجتماعية .

الفصل الثاني

الملكية العامة ^(١)

٢٢ - لا شك في أن الاتجاه نحو الملكية العامة ، بنقل وسائل الانتاج من سيطرة الأفراد الى سيطرة الجماعة ، قد أضحى في الوقت الحاضر اتجاها عالميا نجده في سائر الدول رغم تفاوت أنظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، وان اختلف بعد ذلك في مدى تطبيقه وفقا لهذه الأنظمة ذاتها . فالدول الرأسمالية وان قامت أساسا على الملكية الخاصة ، كما رأينا ، الا أنها تكاد تتفق على الاختصاص ببعض أوجه النشاط الاقتصادي ذات الطابع الحيوي ، كإصدار أوراق البنكنوت وإدارة السكك الحديدية . أما الدول الاشتراكية فتقوم أساسا على عداة الملكية الخاصة باعتبارها أداة استغلال الانسان للانسان ، أو في الأقل ترى أن قيام مجتمع الكفاية والعدل ، الذي تسعى الى تحقيقه ، يتطلب قيام قطاع عام قوى يحتل مركز القيادة الاقتصادية فيوجه التقدم ويفرضه . لذلك فالملكية العامة في هذه الدول الأخيرة تمتد الى كل وسائل الانتاج بالمعنى الواسع ، كما هو الحال في الاتحاد السوفيتي ^(٢) ، أو تكتفى بإعطاء مركز الصدارة لهذه الملكية مع الاحتفاظ للملكية الخاصة بنطاق يختلف باختلاف ظروف التطبيق فيها ، كما هو الحال في دول أوروبا الشرقية وفي الجمهورية العربية المتحدة .

(١) أخذنا بهذه التسمية عنوانا لهذا البحث على سبيل المقابلة مع الملكية الخاصة دون أن نقصد المصادرة على المطلوب فيما يتعلق بتكييف هذا النوع من الملكية وبيان نظامه القانوني .

(٢) فإراضى الاتحاد السوفيتي جميعها تعتبر مملوكة للدولة ، كما تمتد ملكية الدولة الى سائر الثروات الطبيعية (كالمعادن والمياه) ، والصناعية (كالمشروعات والآلات والمواد الأولية والمنتجات) ، ووسائل إعادة توزيع المنتجات (الأموال اللازمة للتوسط بين الانتاج والاستهلاك والأموال التي تستخدم في النشاط المكمل) .

- المبحث الأول : الملكية العامة بين النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي .
المبحث الثاني : الملكية في الجمهورية العربية المتحدة .

المبحث الأول

الملكية العامة بين النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي

الملكية العامة ونظامها القانوني في الدول الرأسمالية :

٢٣ - استقر الرأي في الدول الرأسمالية على أن الأشياء التي تسيطر عليها الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، تعتبر مملوكة لها ، فتمتع عليها بسلطات المالك ويكفل لها القانون الحماية المكفولة له .
على أن بعض هذه الدول على الأقل - استمرارا لتقاليد القانون الروماني واثقرون الوسطى من بعده - تنتزع من بين هذه الأشياء المملوكة للدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة نطاقا معيناً تضافى عليه حماية خاصة بالنظر للتخصيص المعد له وتطلق عليه الأشياء العامة أو « الدومين العام » (Domaine public) وتخضعه للقانون العام^(١) ، بالمقابلة بينها وبين بقية الأشياء المملوكة للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة والمعروفة بالأشياء الخاصة أو « الدومين الخاص » (Domaine privé) الذى يظل خاضعا للقانون الخاص .

(١) ثار الخلاف في فرنسا ومصر حول كيفية حق الدولة على الأشياء العامة . فذهب رأى الى أن حق الدولة على هذه الأشياء ليس حق ملكية بالمعنى الصحيح وإنما هو مجرد ولاية اشراف وحفظ وصيانة ، كمنظور من مظاهر سيادتها . ذلك أن جوهر الملكية هو عناصرها الثلاثة من استعمال واستثمار ونصرف ، وهذه لا تتوافر للدولة على الأشياء العامة (في عرض هذا الرأى وتأييده انظر : محمد على عرفة ، بند ١٢١ - ١٢٦) .
ولكن الرأى الراجح يقر أن حق الدولة على الأشياء العامة هو حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وإن كانت هذه الملكية مقيدة بالفرض المخصصة له هذه الأشياء . ففضلا عن أن الدولة تتمتع على هذه الأشياء بما يتمتع به المالك من الحصول على منافع من ثمار وحاصلات ، وتستطيع انصرف فيها بالفعل باتباع الاجراءات التى يرسمها القانون لذلك (انهاء تخصيص الشئ للمنفعة العامة) ، فإن جوهر الملكية لا يكمن فى الواقع فى هذه السلطات وإنما فى حيازة الشئ وامكان تعيين المنفعين به ، سواء انتفع به المالك بنفسه أو جعل هذا الانتفاع لغيره ، وهذان العنصران يتوافران بلا شك فى علاقة الدولة بالأشياء العامة (فى هذا الصدد راجع بصفة خاصة محمد زهير جرانه ، حق الدولة والامراد على الاموال العامة ، ١٩٤٣ ، ص ١٢٤ وما بعدها . وانظر أيضا : محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، بند ١١٤ ، السنهوري ، بند ٦٤ وما بعده ، مصطفى ابوزيد فهمى ، نظرية المرافق العامة ، ١٩٥٧ ، بند ٧٧٠ وما بعده ، سليمان محمد الطماوى ، مبادئ القانون الادارى ، ١٩٦٦ ، ص ٦٠٥ وما بعدها) .

وبختلف الفقه فى تحديد الأشياء العامة من معيار الأشياء التى لا تقبل بطبيعتها أن تكون محلا للملكية الخاصة ، الى معيار الأشياء التى تخصص بالفعل أو بقرار السلطة المختصة لمنفعة الجمهور ، الى معيار الأشياء المخصصة لخدمة المرافق العامة ، ليستقر على معيار التخصيص للمنفعة العامة ، على نحو ما تقضى به المادة ٨٧ من القانون المدنى المصرى التى تنص (بعد تعديلها بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤) على أنه « تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهورى أو قرار من الوزير المختص » (١) •

فالأشياء العامة هى الأشياء المخصصة لغرض معين هو المنفعة العامة ، كالطرق والأنهار والمدارس والمستشفيات والأسواق • وهذا التخصيص يتم برصد الشئ لهذا الغرض بطريق فعلى أو بطريق رسمى •

وتخصيص الشئ للمنفعة العامة يقتضى اخفاء حماية خاصة عليه ، ضمانا لاستمرار وفائه بالغرض المخصص له • فتخصيص الشئ للمنفعة العامة يتنافى مع امكان نقل ملكيته للأفراد ، أو اكتسابهم حقا عليه يتعارض مع هذا التخصيص ، أيا كان طريق اكتساب هذا الحق • ومن هنا كان تقرير عدم جواز التصرف فى الأشياء العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم • فالتصرف فى الشئ العام ، بيع ، أو رهن ، أو خلافه ، يبعده بطريق مباشر أو غير مباشر عن المنفعة المخصص لها • والحجز على الشئ العام من دائن الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة يؤدى الى خروجه عن التخصيص المعد له ببيعه جبرا عن مالكه • والتقادم يؤدى الى نفس النتيجة من خروج الشئ عن الغرض المخصص له •

(٤) راجع فى هذه المعايير المختلفة والقائمين بها : السنهورى ، بند ٤٦ ، مصطفى. أبو زيد فهمى ، بند ٧٢٥ وما بعده ، سليمان محمد الضماوى ، ص ٥٨١ وما بعدها •

وطبيعى أنه اذا ما انتهى تخصيص الشئ للنفع العام زالت صفته العامة وأصبح من الممكن لمالكه التصرف فيه ولدائنيه الحجز عليه وللغير اكتساب حق عليه بالتقادم . ويزول التخصيص بطريق فعلى أو بطريق رسمى كما نشأ . لذلك فاذا أراد الشخص المعنوى العام التصرف فى الشئ العام وجب عليه استصدار قانون أو قرار بإنهاء تخصيصه للمنفعة العامة قبل التصرف والا كان التصرف باطلا .

ولا شك أن هذا النظام القانونى للأشياء العامة ، بعناصره الثلاثة ، يستجيب الى طبيعة المنفعة العامة فى النظام الرأسمالى . فالمنفعة العامة فى هذا النظام تكاد تنحصر فى مجال الخدمات العامة التى تؤديها أشياء مثل الطرق والشوارع والأنهار والترع العمامة والمدارس والمستشفيات والأسواق . وقيام هذه الأشياء بمثل هذه الخدمات لا يقتضى منها حركة أو انتقالا ، بل يقتضى أن تظل بقدر الامكان كما هى لا تباع ولا توهب ولا ترهن ولا يحجز عليها ولا تملك بالتقادم ^(١) فهل لازال هذا النظام صالحا للتطبيق بعد أن امتدت المنفعة العامة الى مجال الانتاج بدخول الدولة الاشتراكية الى ميدان النشاط الاقتصادى من أوسع أبوابه ؟ ذلك ما سوف نحاول الاجابة عليه بعد أن نتلمس الخطوط المريضة للملكية العامة ونظامها القانونى فى العالم الاشتراكى .

الملكية العامة ونظامها القانونى فى الدول الاشتراكية :

٢٤ - لا زالت مشكلة الملكية العامة ونظامها القانونى من المشاكل الدقيقة التى لم يكتب لها بعد الحل الحاسم فى العالم الاشتراكى . فالنظم الاشتراكية تهدف من الناحية السياسية الى تحقيق السيطرة الكاملة لمجموع الشعب أو « الأمة » على وسائل الانتاج ، سيطرة تكفل حسن

(٥) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١١٠ .

استثمارها وتوجيهها لمصلحة هذا المجموع دون استغلال من فرد من الأفراد أو طبقة من الطبقات . ولقد كان لهذا الهدف أثر كبير على التصوير الذى يرتضيه الفقه الاشتراكى للملكية العامة ونظامها القانونى . فمن المعروف أن هذا الفقه ينفر من التصوير التقليدى للملكية باعتباره تعبيرا عن اختصاص الشخص المالك بالشئ المملوك ، ذلك الاختصاص الذى يعتبره الفقه الاشتراكى مصدر استغلال الانسان لأخيه الانسان . لذلك يحرص الفقه الاشتراكى على اعطاء الملكية العامة جوهرها جديدا يبعدها عن الاختصاص الذاتى فى الملكية التقليدية . ويتمثل هذا الجوهر الجديد فى اسناد الملكية الى مجموع الشعب أو الأمة . ومن هنا كانت تعبيرات « الملكية الشعبية » و « الملكية الجماعية » . على أن التطبيقات الاشتراكية تختلف بعد ذلك فى اختيار الطريق الى تحقيق هذا النوع الجديد من الملكية . فاذا كان القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ، عن طريق التأميم ، يقتضى فى البداية اسناد هذه الملكية الى الدولة الاشتراكية ، فإن التساؤل لا يلبث أن يثور حول ما اذا كان انتقال الملكية الى « الدولة الاشتراكية » كافيا لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » أم أن هذا الانتقال مجرد خطوة فى الطريق الى الغرض المنشود .

وفى هذا الصدد يذهب التطبيق السوفيتى الى أن القضاء على الملكية الخاصة لوسائل الانتاج بنقلها الى الدولة ، يعتبر شرطا ضروريا وكافيا فى نفس الوقت لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » . فالدولة الاشتراكية هى دولة مجموع العاملين وليست دولة طبقة أو أخرى كما هو الحال فى الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية الأخرى ، وانتقال الملكية الى الدولة الاشتراكية على هذا النحو يمتنع معه كل استغلال لأن الدولة الاشتراكية ما هى الا التجسيد القانونى للشعب .

على أن الدولة فى الاتحاد السوفيتى تقتصر فى ادارتها لأملاتها بنفسها على القطاع الادارى وجزء من القطاع الزراعى . أما القطاع الصناعى

والتجاري وبقية القطاع الزراعى فتدفع بإدارتهما الى مشروعات عامة تخلقها لهذا الغرض وتضفى عليها الشخصية المعنوية ، أو تركهما الى جمعيات تعاونية أكثر استقلالا ، مع تخويلها الانتفاع المجانى المؤبد بها ^(١)

ويأخذ الفقهاء اليوغوسلاف على الطريق الذى سلكته التجربة السوفيتية لتحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » أن تملك الدولة لوسائل الانتاج لا ينفى أن من يمارس سلطات هذه الملكية هم فى النهاية الأفراد القائمون على الحكم ، مما لا ينأى بها عن الاستغلال الذى تمارسه الدولة الرأسمالية اذا ما تملك وسائل الانتاج ^(٢) .

لذلك يذهب هؤلاء الفقهاء الى أن تملك الدولة لوسائل الانتاج ليس سوى وسيلة للقضاء على الرأسمالية ، ولكنه لا يتضمن فى ذاته تحقيق الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » . فتحقيق هذه الملكية يتطلب مرحلة أخرى ايجابية — فيما وراء القضاء على الرأسمالية — تتمثل فى تحرير العامل المشترك فى الانتاج بالغاء تبعيته لرب العمل ، ونقل ملكية وسائل الانتاج الى الدولة لا يعدو أن يكون احلالا لرب عمل جديد محل أرباب العمل المتعددين السابقين . لذلك فالملكية « الشعبية » أو « الجماعية » قوامها فى يوغوسلافيا الغاء الاختصاص بالأشياء بطريق مباشر ، حتى ولو كان هذا الاختصاص معقودا للدولة كممثل للشعب . ويتم الغاء هذا

K. Stoyanovitch, op. cit., No. 51 et ss.

(١)

(٢) يتساءل K. Stoyanovitch (المرجع السابق بند ١٢٨ — ١٣٠) عما اذا كانت ملكية الدولة فى الاتحاد السوفيتى تعتبر بالفعل ملكية كل الشعب ، ويجب بأنها ليست كذلك اذا أخذنا الملكية كحق يتضمن سلطات الملاك المعروفة فى القانون ، فليس لاي من أفراد الشعب — فيما عدا استعمال الاشياء المعدة لانتفاع الجمهور مباشرة — وليس لجموع الشعب ككل ، أن يباشروا هذه السلطات على ملكية الدولة ، وإنما الذى يباشروا هذه السلطات هو الدولة نفسها والاشخاص المعنوية التى تخلقها لهذا الغرض .

ويعود نفس الفقيه الى إثارة المشكلة على المستوى الدستورى فيتساءل عما اذا كانت الدولة السوفيتية تمثل كل الشعب السوفيتى ، ويجب بأن الدولة السوفيتية تمثل طبقة « البروليتاريا » وحدها من الناحية الرسمية ، وتمثل من الناحية الفعلية الفئة التى استقلت بالحكم منها دون بقية أفراد الشعب الذين يعتبرون بمثابة عمال لدى الدولة .

الاختصاص عن طريق توزيع سلطات الملكية المعروفة بين المشروع الاقتصادي مثلاً في هيئاته المختلفة وغيره من التنظيمات الاقتصادية وبين المجتمع مثلاً في الدولة ومختلف الهيئات السياسية من محلية ومركزية ^(١) بحيث تباشر كل من هذه الهيئات على الشيء حقاً ذاتياً مستقلاً تستمده من القانون مباشرة ، وبحيث لا تستطيع أى منها ادعاء ملكية لنفسها . وبذلك تصبح الملكية « الشعبية » أو « الجماعية » مجرد تعبير عن العلاقات القانونية الجديدة التى تحكم الانتاج والتوزيع فى المجتمع ، أكثر من تعبيرها عن الاختصاص بالشيء المملوك ، ذلك الاختصاص الذى يذوب بين مختلف التنظيمات الاقتصادية والسياسية فى المجتمع . وقد عبرت المادة ١١ من الدستور اليوغوسلافى الصادر سنة ١٩٦٣ عن ذلك بقولها « ليس لأحد حق ملكية على وسائل الانتاج والوسائل الجماعية الأخرى للعمل التى تتكون منها الثروة الجماعية . ويدير العمال وسائل الانتاج الجماعية لمصلحتهم ولمصلحة الجماعة فى نفس الوقت » ^(٢)

٢٥ - وإذا كان هذا هو موقف الدول الاشتراكية من جوهر الملكية العامة فى ذاتها ، فإن النظام القانونى للأشياء التى تضمها هذه الملكية لا يعرف التقسيم الثنائى الى أشياء عامة وأشياء خاصة ، وما يترتب عليه من تقرير عدم جواز التصرف فى الشيء أو الحجز عليه أو تملكه بالتقادم أو جواز ذلك بصفة مطلقة ، وإنما يتخطى ذلك الى تقسيمات أكثر مرونة هدفها الأساسى هو ، بصفة عامة ، تحديد كيفية استخدام الأشياء وتداولها وفقاً للخطة . لذلك كانت وظيفة هذه التقسيمات تحديد سلطة الإدارة وهيئات

(١) راجع فى هذا الموضوع :

Jean-Pierre Ferretjan, op. cit., p. 151 et ss ; Albert Meister, Le fonctionnement des institutions de self gouvernement local dans une commune yougoslave, Revue des études coopératives, 1964, p. 101 et ss.

(٢) أشار إليها على البارودى ، المرجع السابق ، بند ٤٩ .

الرقابة المختلفة في استعمال الأشياء والتصرف فيها متخذة أساسا لذلك التخصيص المعد له الشيء ومدى أهميته ^(١) .

والتقسيم الأساسي في هذا الصدد هو كما نعلم تقسيم الأشياء الى وسائل انتاج ووسائل استهلاك ، وهو تقسيم يستند كما هو واضح ، الى الوظيفة المخصص لها الشيء ^(٢) . وبالإضافة الى هذا التقسيم الأساسي نجد تقسيمات أخرى للأشياء داخل نطاق ذمة الوحدات الاقتصادية . ففي الاتحاد السوفيتي تقسم ذمة المشروع العام الى أقسام ثلاثة : الأموال الأساسية (Les biens de base) وأموال التشغيل (Les fonds de roulement) والاعتمادات الخاصة المختلفة التي تنفق غالبا في شئون العمال ^(٣) (Les fonds spéciaux) . وفي يوغوسلافيا تقسيم ذمة المشروع الى أموال الأعمال (Les fonds d'affaires) وتشمل وسائل الانتاج الأساسية وأموال التشغيل ، وأموال الاحتياطي (Les fonds de réserve) المخصصة للخسائر المختلفة ، وأموال الاستهلاك الجماعي (Les fonds de consommation commun)

٢٦ - تلك هي مشكلة الملكية العامة ونظامها القانوني في كل من النظام الرأسمالي الخالص والنظام الاشتراكي . فالنظام الرأسمالي يسلم للدولة والأشخاص المعنوية العامة بملكية ما يقع تحت سيطرتها من أشياء بالمعنى التقليدي المفهوم للملكية ولكنه يقرر نوعا خاصا من الحماية لبعض هذه الأشياء بالنظر لانفرادها بالتخصيص للمنفعة العامة ، ومن هنا كانت

(١) على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١٤٠ وما بعدها .

(٢) فالثلاجة مثلا تعتبر من وسائل الاستهلاك اذا كانت لدى فرد يستعملها في حفظ حاجياته المملوكة له ملكية خاصة وتعتبر من ادوات الانتاج اذا كانت موجودة محل تجاري عام ومعدة لحفظ الاشياء المعدة للتوزيع .

(٣) راجع في تفصيل هذا التقسيم وأهميته :

K. Stoyanovitch, op. cit., No. 62.

مشكلته في التمييز بين الأشياء العامة والخاصة . والنظام الاشتراكي يبدأ من نقطة أخرى مخالفة وهي أن جميع وسائل الإنتاج يجب أن تخدم المصلحة العامة ، ومن ثم يجب أن يتقرر نظامها والحماية المقررة لها بحسب الوظيفة التي تؤديها كل منها دون تقييد بالتقسيم الى عام وخاص ، ولكن المشكلة في هذا النظام أن الاساس الايديولوجي الذي يستند اليه ينفر من فكرة الملكية بسعناها التقليدي المعروف ، ولذلك يبذل فقهاؤه جهدا كبيرا في تأسيس نوع جديد من الملكية يختلف في « معدنه » عن الملكية التقليدية ولا يستند مثلها الى فكرة الاختصاص بالشئ المملوك .

المبحث الثاني

الملكية العامة في الجمهورية العربية المتحدة

وضع المشكلة :

٢٧ - لا شك أن انتقال الجمهورية العربية المتحدة من النظام الرأسمالي الى النظام الاشتراكي وامتداد الملكية العامة فيها الى مجالات جديدة لا يعرفها النظام الرأسمالي - على الأقل في صورته النقية - مع بقاء آثار النظام السابق للملكية العامة والذي يميز بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ، يقتضي إعادة طرح مشكلة الملكية العامة ونظامها القانوني للبحث ، لتقرير وجه الصواب فيها على ضوء النتائج التي أسفر عنها تقصي هذه المشكلة في كل من النظامين الرأسمالي والاشتراكي . على أنه من الضروري في مثل هذا البحث أن نحتكم في ذلك الى واقع النظام الاشتراكي ذاته وأهدافه مبتعدين عن « الانفعالات الايديولوجية » وما تسببه من تعقيد وغموض كثيرا ما يخفي الحقيقة أو يطيل طريق الوصول اليها .

وأول ما يلاحظ في هذا الشأن أن النظام الاشتراكي يهدف بطبيعته الى

منع الاستغلال وتحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع في المجتمع ، وهذا لا شك مقصد الفقه الاشتراكي عندما يتكلم عن « ملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » كصورة جديدة من صور الملكية . فالمقصود بذلك التعبير عن دور الشعب في تحديد الانتاج والرقابة عليه ودوره في توزيع ناتج الملكية العامة . فكيف تتحقق اذن هذه السيطرة ؟ والى أى حد يؤثر تحققها في جوهر الملكية العامة ؟

لا صعوبة في الاجابة على السؤال الأول : فالانتاج والتوزيع في المجتمع الاشتراكي تحدده وتفصله الخطة الاقتصادية ، ومن ثم فتحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع في المجتمع انما يتم عملا عن طريق دوره في رسم الخطة الاقتصادية للانتاج والتوزيع . وكلما كان رسم هذه الخطة ديموقراطيا كلما تحقق للشعب مزيد من السيطرة على الانتاج والتوزيع ^(١) . ولكن هذه الاجابة تحدد بدورها الاجابة على السؤال الآخر . فطالما كان تحقيق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع يتم عن طريق قيامه بالدور الفعال في الخطة الاقتصادية ، فان هذه السيطرة لا تستنفذ فكرة الملكية باعتبارها تعبر عن سلطات معينة تثبت لشخص معين على شيء من الأشياء أو باعتبارها أداة فنية قانونية لصياغة العلاقة بين الأشخاص والأموال . فكرة ملكية « الشعب » أو « الملكية الجماعية » اذن فكرة سياسية أو اقتصادية وليست فكرة قانونية .

حقا ان الخطة تضع تنظيما معيناً للاستفادة من الأشياء المملوكة ملكية عامة وتفرض قيودا والتزامات على عاتق الأشخاص المعنوية والطبيعية التي تقوم بإدارتها . ولكن هذا التنظيم وتلك القيود والتزامات لا تغير بالضرورة من جوهر الملكية في ذاتها باعتبارها علاقة اختصاص بين الشخص والشيء ، ومن ضرورة اسناد الملكية الى شخص معين يمارس سلطاتها في

(١) أنظر في الطابع الديموقراطي للتخطيط في الميثاق : على البارودي ، دروس في الاشتراكية العربية بند ٨٠ ، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام ، بند ٢٢ ، ٣٣ .

حدود ما تفرضه عليه الخطة من قيود والتزامات (١) . ومن هنا كان منطق التطبيق السوفيتي الذي لم يستطع تفادي اسناد الملكية العامة الى شخص من الأشخاص ، فأسندها الى الدولة باعتبارها التشخيص القانوني للشعب . ومن هنا أيضا كانت « ميوعة » التطبيق اليوغوسلافي عندما جعل الأشياء العامة « سائبة » دون مالك محدد ، فتركها بذلك عرضة لاستغلال التنظيمات الاجتماعية والسياسية المختلفة التي وزعت عليها سلطات الملكية المعروفة ، ونفوذ الأشخاص القائمين عليها (٢) .

والملاحظة الثانية ربما لا تتعلق بالملكية العامة في مجموعها بقدر ما تتعلق بما يدخل منها في مجال الانتاج بالمعنى الواسع . وتتلخص هذه الملاحظة في أنه اذا كانت مركزية التخطيط مبدأ مسلما به في تحقيق مجتمع الكفاية والعدل فان لامركزية التنفيذ لا تلبث أن تفرض نفسها كضرورة أساسية لسرعة التلبية والتنفيذ . لذلك كان لابد للدولة الاشتراكية ضمانا لتنفيذ برنامجها ، من أن تقوم بخلق وحدات اقتصادية تتمتع بالشخصية المعنوية تدفع اليها بأدوات الانتاج ، بحيث يكون لكل منها قدر من الاستقلال الإداري يكفل لها رسم وتنفيذ خططها الجزئية تحقيقا للمهمة التي تحددها لها الخطة ، ويكون لكل منها قدر من الاستقلال المالي يكون أساس

(١) على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١٥٤ .

(٢) راجع في هذا الشأن : على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١٥٠ ، حيث يذكر قول الفقيه اليوغوسلافي ميخائيلو ماركوفيتشي (Mihailo Markovic. L'orientation du développement social en Yougoslavie, Rev. de la politique internationale, No. 392, mars 1966, p. 15 et ss.)

« رغم الغاء الملكية الخاصة لوسائل الانتاج ورغم تحقيق تقدم كبير في سبيل الوصول الى الملكية الاشتراكية ، فان جزءا كبيرا من الاموال التي تقع عليها هذه الملكية لا يستغل في تحقيق المصالح الحقيقية للمجتمع . فبعض ادارات الدولة وكذلك بعض الأشخاص ذوي النفوذ ، يتصرفون في هذه الاموال بطريقة غير سليمة ، ثم أن شعور الاقليمية أو القومية أو المحلية يجعل التنظيمات الاجتماعية العامة تضع مصالح القرية أو الولاية في المحل الاول . ومثل هذه التصرفات الخاطئة في الملكية الاشتراكية تؤدي الى استبعاد الامكانيات التاريخية التي خلفتها الثورة الاشتراكية في مجال التقدم العلمي للتبعية الاجتماعية » .

تمويلها كما يكون أساس مسئوليتها عن تحقيق المهمة المحدد لها (١)
ولا شك في أن الشخصية المعنوية ألزم للوحدات الاقتصادية العامة حين
تباشر نشاطها الاقتصادي في ظل نظام تعايش القطاعين لما تقدم من أسلحة
تيسر المنافسة مع المشروعات الخاصة (٢) .

وتمتع الوحدات الاقتصادية العامة بالشخصية المعنوية لا شك ييسر من
الناحية القانونية اسناد ملكية ما يعهد لها به من أشياء إليها ، ولكنه
لا يستلزم بالضرورة هذا الاسناد ، اذ من المتصور أن تكون الملكية
للدولة ويقتصر حق الوحدة الاقتصادية على الانتفاع بها أو ادارتها .

على ضوء هذه المقدمات ، من خضوع الملكية العامة لما تفرضه الخطة
من قيود والتزامات ، وضرورة اسنادها الى شخص معين ، وامكان اسنادها
من الناحية القانونية الى كل من الدولة والوحدة الاقتصادية المشرفة عليها ،
نحاول تحديد طبيعة الملكية العامة وشخص المالك فيها .

المالك للملكية العامة :

٢٨ - بالرغم من أنه كان من المسلم به في مصر ، وطبقا لأحكام المادة
٨٧ من القانون المدني المصري ، تملك الدولة والأشخاص المعنوية العامة لما
يقع تحت سيطرتها من أشياء ، على نحو يجعل كلا منها مستقلا بملكية
الأشياء الخاصة به ، فان التحول الاشتراكي قد طرح ، كما قلنا ، مشكلة
هذه الملكية من جديد بالنسبة للأشياء المؤممة والتي تقوم عليها مشروعات
عامة تتمتع بالشخصية المعنوية . ومثار الصعوبة في هذا الشأن أن النصوص
التشريعية - سواء في مصر أو في غيرها من البلاد التي عمدت الى تأميم

(١) في هذا الصدد راجع التقرير المقدم منا الى المؤتمر السنوى لكلية الحقوق بجامعة
الاسكندرية سنة ١٩٦٦ حول مشكلة العقد والتطبيق الاشتراكي . وانظر بصفة خاصة على
البارودى ، في سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام ، بند ٥٦ - ٥٩ .

(٢) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١١٠ .

كثير من المشروعات الخاصة كفرنسا - تبدو غامضة الى درجة يمكن معها القول بأن مشكلة الملكية بالمعنى القانوني لم تخطر على بال المشرع . فالمادة ٢٥ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ الخاص بالمؤسسات وشركات القطاع العام في مصر تنص على أنه « يتكون رأسمال المؤسسة العامة من أنصبة الدولة في رؤوس أموال ما يتبع المؤسسة من وحدات اقتصادية ... » والمادة ٢٧ من نفس القانون تنص على أن « أموال المؤسسة تعتبر مملوكة للدولة ملكية خاصة » . وواضح أن هذه النصوص تعتبر رأس مال المشروع مملوكا في نفس الوقت له وللمؤسسة العامة والدولة ، على نحو يفقد معه لفظ الملكية في هذا الصدد كل مدلول (١) .

ولقد قال بملكية الدولة للأشياء المؤممة التي تدخل في ذمة المشروع العام مع تحديد حق المشروع عليها بالانتفاع والادارة ، جانب من الفقه الفرنسي ، مستندا في ذلك الى أن « الأمة » هي صاحبة المصلحة في التأمين وأن الدولة هي الشخص القانوني الوحيد للأمة ، فضلا عن أن قوانين التأمين ذاتها تنص على انتقال ملكية المشروعات المؤممة للدولة (٢) وقد سبق أن رأينا أن هذا الاتجاه يتبناه التطبيق السوفيتي .

ولكننا قد سبق أن رأينا أن مسألة كون الأمة هي صاحبة المصلحة في التأمين مسألة سياسية لا تفيد الفقيه عند البحث عن الحل القانوني السليم . كذلك لا يمكن الارتكان الى النصوص ، طالما كانت غير قطعية الدلالة ، أمام ما قد يتضح من وجوب الأخذ بحل آخر مخالف لما قد توحى به . والواقع أن اسناد ملكية الأشياء المؤممة الى الدولة يفسر هيمنتها على

(١) على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١٥١ .

(٢) من هذا الرأي :
J. Boulouis, Note sous Conseil d'Etat, 1/12/ 1950, S. 1951. III. 61.

Louis Jacquignon, Le régime des biens des entreprises nationales, Paris, 1956, T. I, No. 147 et ss. No. 168 et ss.

المشروع وعلى التخصيص المعد له وبالتالي على الأشياء التي يتخذها وسيلة لتحقيق أغراضه ، ولكنه لا يقدم تفسيراً لثبوت سلطة التصرف في هذه الأشياء للمشروع العام ذاته . فالمشروع يستطيع التصرف في الأشياء الموجودة في ذمته - بالشروط وبعد اتخاذ الإجراءات الواجبة بالطبع - ونقل ملكيتها بالبيع للأفراد أو المشروعات العامة الأخرى أو الدولة ، حتى في الاتحاد السوفيتي ، فكيف تكون الدولة هي المالكة ويمكن للمشروع أن يبيع ما تملكه لها أو لغيرها (١) ؟

وقال جانب آخر من الفقهاء الفرنسيين بالاعتراف لكل من الدولة والمشروع ذاته بالملكية ، على نحو ما كان معروفاً في النظام الاقطاعي بالنسبة للأرض ، بحيث تكون الملكية الأصلية للدولة وتكون الملكية النافعة للمشروع (٢) . فثبوت الملكية الأصلية للدولة يفسر هيمنتها على مصير المشروع وإدارته ، وثبوت الملكية النافعة للمشروع يفسر دوره في الإدارة وفي التصرف .

ولعل هذا الرأي يقدم تفسيراً لنصوص التأمين في فرنسا التي تقضي بنقل ملكية الأشياء المؤمنة للدولة وتحتفظ في نفس الوقت للمشروع الذي تدخل هذه الأشياء في ذمته بالشخصية المعنوية . ولكن يؤخذ عليه أن فكرة الملكية الأصلية كانت تعبر عن سلطة معينة للسيد (Seigneur) الاقطاعي تقابل في العصر الحديث حق الدولة في السيادة ، وهو حق مسلم

K. Stoyanovitch, op. cit., No. 127.

(١)

(٢) راجع ما تقدم في :

J. Rivero, Le régime des nationalisations, 1948, No. 44, 493, 594, et s., 700 ; idem, L'évolution du droit des entreprises nationalisées, 3ème Colloque des Facultés de Droit, Grenoble ; Treillard, La notion juridique d'entreprise et l'expérience des nationalisations, R.T.D. Com. 1953, p. 605 ; Louis Jacquignon, op. cit., No. 157 et ss.

به للدولة الحديثة دون أن يختلط بالملكية في ذاتها (١) .

وأخيرا يذهب جانب ثالث من الفقه الفرنسى الى القول بملكية المشروع للأموال التى تدخل فى ذمته . فاسناد الملكية الى المشروع ذاته هو السبيل الوحيد لتفسير سلطات المشروع فى استعمال واستثمار والتصرف فى الأشياء محل الملكية (٢) .

ولعل ما يمنع من الاجماع على هذا الرأى الأخير هو ما لاحظته الفقه من خضوع المشروع فى ممارسته لسلطات الملكية لهيئات الرقابة المختلفة ، وسيطرة الدولة على التخصيص المعد له المشروع ، وعودة الربح الذى يحققه لخزائنها فى النهاية . ومع ذلك فيشير البعض الى أن هذه الملاحظة ان كانت تعتبر عقبة فى سبيل التسليم للمشروع بملكية ذمته المالية فى بلد كفرنسا ، فانها لا تبدو كذلك فى بلد اشتراكى كمصر ، تخضع جميع المشروعات فيها للخطة ، فى وجودها والهدف منها ومصيرها . فهذه الخطة هى التى تلزم المشروع ليس فقط بالامتناع عن استعمال الشئ المملوك له أو التصرف فيه على نحو يتعارض مع أهدافها وانما تلزمه أيضا بممارسة سلطات الملكية ممارسة ايجابية فى الاتجاه وعلى النحو الذى تتطلبه ، وتحدد مصير الربح الناتج عنه (٣)

غير أنه اذا كان خضوع المشروع العام للخطة يمكن أن يفسر خضوعه لهيئات الرقابة المختلفة ، فانه لا يمكن أن يفسر سيطرة الدولة على

(١) فى هذا المعنى على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٥٣ ،
Louis Jacquignon, op. cit., No. 158 et la bibliographie citée p. 207 et ss.

(٢) Fr. Luchaire, Le statut des entreprises publiques, D.S. 1947.
(مشار اليه فى Louis Jacquignon ، المرجع السابق ، ص ٢٠١)

L'Huiller, chron. au D. 1949, p. 129 ; G. Videl, note au j.c.p., 1952, II, 7312, idem., Le régime des biens des entreprises nationalisés, op. cit.

(٣) على البارودى المرجع السابق ، بند ١٥٥ .

التخصيص المعدله من ناحية وعودة الربح الناتج عنه اليها في النهاية من ناحية أخرى • فمثل هذه السيطرة وذلك الربح لا يمكن أن يكون الا للمالك ، فكيف يمكن اذن أن تكون أموال المشروع ملكا له وللدولة في نفس الوقت ؟

٢٩ - لعله قد أصبح من الواضح الآن أن الفقه في بحثه عن صاحب الملكية العامة يدور في حلقة مفرغة • فالقول بملكية الدولة للأشياء الداخلة في ذمة المشروعات العامة يتجاهل قيام هذه المشروعات بنفسها بممارسة سلطات الملكية على هذه الأشياء من استعمال واستثمار وتصرف • والقول بملكية المشروع العام ذاته لهذه الأشياء يتجاهل أيلولة الأرباح الناتجة عن استثمار هذه الأشياء في النهاية الى خزينة الدولة • والاعتراف للدولة بالملكية الأصلية للمشروع بالملكية النافعة يعود في النهاية الى ملكية المشروع وحده •

ولعل السبيل الوحيد الذي قد يقدم حلا للخروج من هذه الحلقة هو التسليم بأن الملكية لا ترد فقط على الأشياء وانما ترد كذلك على الأشخاص المعنوية ، على نحو ما سبق أن رأيناه •

فالتسليم بذلك من شأنه أن يمكن من تصور تدرج الملكية من المشروع العام الى الدولة • فالمشروع العام يملك وحده الأموال التي تدخل في ذمته فيكون له عليها سلطات المالك المختلفة من استعمال واستثمار وتصرف ، ولكن المشروع العام ذاته كشخص معنوي يعتبر مملوكا للمؤسسة فتتول أرباحه اليها وتكون لها السيطرة على نشاطه ووجوده ، والمؤسسة هي الأخرى كشخص معنوي تعتبر مملوكة للدولة فتتول اليها أرباحها بمقتضى هذه الملكية وتكون لها كذلك السيطرة التامة عليها في توجيه نشاطها وفي وجودها • ولكن الدولة تعتبر نهاية المطاف في هذا التدرج باعتبارها التشخيص القانوني للشعب أو الأمة •

بعبارة أخرى فالدولة هي الأداة القانونية التي يصطنعها المجتمع للقيام على الانتاج فيه . وهذه الدولة لا تجد من وسيلة للقيام بهذا الانتاج سوى خلق أشخاص معنوية هي المؤسسات والمشروعات العامة تقوم على الانتاج في فروع المختلفة مستخدمة ما تدفع لها به من أموال ، لتكون هذه الأموال مملوكة لهذه المؤسسات والمشروعات ، وتكون هذه المؤسسات والمشروعات ذاتها مملوكة للدولة .

وبذلك يصبح من اليسير تفهم قيام المشروع العام بالتصرف في الأشياء الموجودة في ذمته في الوقت الذي تصل فيه أرباحه في النهاية الى الدولة ، كما يصبح من اليسير تفهم سيطرة الدولة على التخصيص المعدلة للمشروع أو المؤسسة وتوجيهه .

على هذا النحو يمكن أن يفهم نص المادتين ٢٥ و ٢٧ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ على أن المقصود به ليس أن رأس مال المشروع يعتبر مملوكا له وللمؤسسة وللدولة في نفس الوقت ، وإنما أن رأس مال المشروع يكون مملوكا له ولكن المشروع ذاته يكون مملوكا للمؤسسة والمؤسسة تكون مملوكة للدولة .

بهذا تتضح فكرة الملكية العامة في النظام الاشتراكي . فهي لا تختلف عن الفكرة التقليدية للملكية من حيث كونها اختصاص بالشئ المملوك ينعقد لشخص من الأشخاص فيخوله استعماله واستثماره والتصرف فيه . وهذا الاختصاص ينعقد للشخص المعنوي الذي يقع الشئ في ذمته سواء كان هو الدولة أو شخصا معنويا عاما آخر أو كان مشروعا تجاريا عاما ، ولكن المشروع التجاري العام كشخص معنوي يكون مملوكا للدولة مباشرة أو لمؤسسة مملوكة بدورها للدولة . أما وجه تميز هذه الملكية عن الملكية التقليدية فليس في عدم انعقاد سلطاتها لشخص معين وإنما في الوصول بالوظيفة الاجتماعية للملكية العامة الى منتهى مداها : بخضوعها خضوعا

تاما للخطة وقانونها • وهذا الخضوع هو الذى يحقق سيطرة الشعب على الانتاج والتوزيع فى الجماعة ، هدف النظام الاشتراكى •

النظام القانونى للملكية العامة :

٣٠ - يتعرض التقنين المدنى للأشياء المملوكة للدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة فيفرق ، كما رأينا ، فى المادة ٨٧ منه بين ما كان منها عاما وما كان خاصا ، ويضفى على العام حماية خاصة فيمنع التصرف فيه والحجز عليه واكتساب حق عليه بالتقادم • وقد رأينا كيف ألقى التحول الاشتراكى الى ميدان الملكية العامة بالجانب الأكبر من وسائل الانتاج ، وكيف أن هذه الوسائل تملكها مشروعات عامة تتمتع بالشخصية المعنوية وتمارس عليها سلطات المالك فى حدود الخطة ، وكيف امتدت المصلحة العامة بالتالى الى هذا المجال الجديد ، مما يثير التساؤل عن وضع هذه الأشياء الجديدة من تقسيم الأشياء الى عامة وخاصة ومدى امكان التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم •

ولقد برز بالفعل اتجاه جديد فى الفقه الادارى العربى ينادى بالغاء التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة وتطبيق نظام الأشياء العامة على جميع الأشياء التى تدخل فى نطاق الملكية العامة ، سواء كانت مملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو المشروعات العامة • وفى هذا الصدد يقول أستاذنا الدكتور محمد فؤاد مهنا ^(١) « اننا نعتقد أن التفرقة التقليدية بين الأموال العامة والأموال الخاصة المملوكة للدولة أو غيرها من الأشخاص الادارية (والمشروع العام فى نظره شخص ادارى) لم يعد لها مكان فى ظل الاشتراكية العربية وأنه يجب توسيع فكرة المنفعة العامة

(١) القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التعاونى ، المجلد الثانى ، ١٩٦٧ ، ص ٧١١ • انظر فى هذا المعنى أيضا : فؤاد الدهان ، المضمون الاجتماعى للملكية ، مجلة الطليعة أغسطس سنة ١٩٦٦ ، ص ٤٤ وما بعدها •

بحيث تشمل كل ما يحققه نشاط الدولة وغيرها من الأشخاص الادارية بصرف النظر عن أنواع المال موضوع النشاط . وذلك لأن كل ما يحققه المال العام أو الخاص من خدمات أو ما ينتجه من ثمار طبيعية أو مدنية انما تتصرف فائدته الى المجتمع كله » . ويؤيد هذا الاتجاه رأيه بالقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ الذي عدل المادة ٩٧٠ من القانون المدني فأضاف اليها النص على أنه « ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ... أو كسب حق عيني عليها بالتقادم » .

ونحن لا نشك في أن كل ما يحققه نشاط الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية والمشروعات العامة يهدف الى تحقيق المنفعة العامة . بل انما قد وجدنا أن الملكية الخاصة الفردية أصبحت أيضا تحقق المنفعة العامة أو يجب أن تحقق هذه المنفعة بجانب أو عن طريق منفعة أصحابها . ولكن هل يستتبع ذلك تطبيق نظام الأشياء العامة على جميع الأشياء الداخلة في نطاق ما نسميه بالملكية العامة ؟ الواقع أن نظام هذه الأشياء لا يرتبط بالهدف منها بقدر ما يرتبط بموضوعها أو بالوظيفة التي تؤديها (١) .

ولا شك في اختلاف الوظيفة التي تقوم بها الأشياء المؤممة عن وظيفة الأشياء العامة بالمعنى التقليدي . فالأشياء العامة وظيفتها الخدمة العامة ، وهي تؤدي هذه الوظيفة اذ تبقى حيث هي في حيازة الشخص الادارى ، أما الأشياء التي دفع بها التأميم الى نطاق الملكية العامة فوظيفتها الانتاج ، وهي لا تؤدي هذه الوظيفة الا حيث « تدور في عجلة الكائن الاقتصادى

(١) في التفرقة بين هدف تنظيم معين وموضوعه أو وظيفته راجع :

Bredin : Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français, Travaux de l'association. Henri Capitan, T. XII, Paris, p. 376 ; Ch. Eisenmann, Droit public et droit privé, Rev. de Droit Public et de Science Politique, 1952, pp. 903 et ss.

وانظر أيضا رسالتنا مسالفة الذكر ، بند ٣٢٥ .

المتحرك الحى الذى هو المشروع التجارى العام « (١) ولا شك أن هذه الوظيفة الجديدة للأشياء المؤممة تستلزم تحريرها من بعض أو كل قيود الأشياء العامة وصولاً بها فى النهاية الى تحقيق المنفعة العامة . يضاف الى ذلك أن ذمة المشروع العام تتضمن أشياء معدة بطبيعتها للتبادل والاستهلاك مما لا يتصور معه خضوعها لقيود عدم جواز التصرف الذى هو حجر الزاوية فى نظام الأشياء العامة (٢) .

لذلك يذهب جانب كبير من الفقه الى الإبقاء على التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة ، وتطبيقها على الأشياء المملوكة للمشروعات العامة . فما كان من الأشياء مخصصاً للمنفعة العامة ، كالمباني والأشياء الثابتة ، خضع لأحكام الأشياء العامة ، وما كان منها غير مخصص لهذه المنفعة ، كالأرصدة النقدية والأوراق المالية والمنتجات المعدة للبيع ، خضع لأحكام الأشياء الخاصة . ويفسخ بعض الفقه مكاناً بين النوعين السابقين يضع فيه الأشياء ذات الطابع الاقتصادى الجماعى ويسميه بالأشياء القومية أو الأشياء ذات المنفعة الأساسية (domaine national ou domaine d'utilité essentielle) وينادى باخضاعه لنظام جديد ينبع من طبيعة الوظيفة التى يؤديها (٣)

ولعل ما يمنع من مجازاة التقسيم الى أشياء عامة وأشياء خاصة فى صدد ذمة المشروع العام هو ما يؤدى اليه منطق التقسيم من جمود لا يتفق مع ما يجب أن يتمتع به المشروع العام من حرية على املاكه ، حتى مع استقطاب نوع جديد من الأشياء يقف بين التسعين التقليديين ويضم

(١) على البارودى ، المرجع السابق ، بند ١٣٦ .

(٢) ويعبر على البارودى (المرجع السابق بند ١٣٧) عن هذه الفكرة بقوله « ان التخصيص للمنفعة العامة فى نظرية المال العام ينصب على شئ معين بالذات ولكن لا يتصور وروده على ذمة المشروع التجارى بأسرها بما تتضمنه من أموال ثابتة ومنقولة وحقوق وديون والا كانت أشبه ما تكون بفيلم سينمائى تتوقف فيه آلة العرض فجأة عند منظر معين فتقف الحركة وتخمد الحياة » .

Louis Jacquignon, op. cit.

(٣)

الأشياء ذات المنفعة الأساسية للمشروع • فكثيرا ما يتطلب قيام المشروع بوظيفته نقل^١ الشيء من قسم الى آخر ، وهو ما لا يتأتى في ظل نظرية الأشياء العامة والخاصة (والقومية) الا بقانون او قرار من رئيس الجمهورية أو الوزير المختص • يضاف الى ذلك صعوبة وضع حد فاصل بين الاقسام المختلفة من الأشياء داخل ذمة المشروع التجارى العام ، مما جعل البعض يركن في النهاية الى قرار السلطة المختصة للقيام بهذا التحديد^(١) ويذهب جانب آخر من الفقه الى الابقاء على التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة مع اعتبار الأشياء المملوكة للمشروع العام من قبيل الأشياء الخاصة واخضاعها لاحكامها^(٢) وهذا الرأي يوفر بلا شك للمشروع العام الحرية الكاملة في توجيه الاتفاع بامواله والتصرف فيها ولكن الاخذ به على اطلاقه يجرد ذمة المشروع العام من بعض أوجه الحماية التى لاخلاف على وجوب اصفائها عليها ، وان ثار الخلاف بعد ذلك على مداها ووسائل تحقيقها •

٣١ - والواقع أن وظيفة ملكية المشروع العام تختلف عن وظيفة كل من الأشياء العامة والأشياء الخاصة • فوظيفة الأشياء العامة هى مجرد الخدمة العامة ، ووظيفة الأشياء الخاصة بالمعنى التقليدى هى مجرد الاستثمار للحصول على الربح كأي مالك عادى • أما وظيفة الأشياء المملوكة للمشروع العام فهى ابعد من ذلك : تحقيق الجزء من الخطة المسند للمشروع العام ، وهى وظيفة تخرج عن وظيفة كل من القانون العام والقانون الخاص بمعناهما التقليدى •

على هذا النحو فاننا ان كنا نسلم بملكية المشروع للأشياء الداخلة فى ذمته ملكية خاصة ، فاننا نرى ضرورة مراجعة النظام القانونى لهذه الملكية •

Louis Jacquignon, op. cit., No. 341.

(١)

(٢) السنهاورى ، بند ٨١ •

وأول ما يعرض في هذا الصدد هو حرية التصرف في الأشياء المملوكة ملكية خاصة ، خلافا للأشياء المملوكة ملكية عامة والتي يتمتع بالتصرف فيها . ولا شك أن هذه الحرية يجب الإبقاء عليها بالنسبة للأشياء المملوكة للمشروع العام . فالمنع من التصرف الذي تعرفه الأشياء المملوكة ملكية عامة كما سبق أن رأينا ، كثيرا ما يعرقل قيام المشروع العام بوظيفته ، فضلا عن أن إطلاق يد إدارة المشروع في التصرف لا خوف منه ما دامت مقيدة بحدود الخطة الاقتصادية وتحقيق أهدافها ، بما يقابل ذلك من مسؤولية إدارة المشروع أمام هيئات الرقابة المختلفة .

أما توقيع الحجر على أموال المشروع العام فهو ان بدأ لأول وهلة متعارضا مع التخصيص المعدلة للمشروع بما قد يؤدي إليه من خروج الشيء المحجوز عليه من ذمة المشروع جبرا عنه ، إلا أنه لا شك في أن في توقيع ما يكشف عما يصيب أجهزة المشروع من خلل يتمثل في عجزه عن تنفيذ الهدف المحدد له في الخطة ، مما قد يسمح بتداركه في الوقت المناسب . لذلك فانتا نوافق استاذنا الدكتور على البارودي كل الموافقة على ضرورة أن يسمح نظام المشروعات العامة بتوقيع الحجر على أموالها - ليس فقط مراعاة لمصلحة الدائن وإنما أساسا مراعاة للمصلحة العامة - على أن تصاغ إجراءاته صياغة جديدة تحقق الهدف الجديد الذي يسعى إليه ، وبحيث تسمح هذه الإجراءات باخطار هيئة المتابعة المختصة في الوقت المناسب ، وتمكين لجنة الخطة من اتخاذ القرار المناسب ، بحيث لا ينتهي الحجز بالبيع الجبري إلا إذا كان متفقا مع مصلحة الخطة (١) .

أما إمكان تملك الأشياء المملوكة للمشروع العام بالتقادم أو الحيازة فيبدو أنه يتعارض مع أهداف الخطة . ولا مجال للقياس في هذا الصدد على مسألة جواز الحجز . فالحجز يفترض بالضرورة سلوكا خاطئا من

(١) راجع عرضا أكثر تفصيلا لهذا الموضوع في : على البارودي ، المرجع السابق ، بند ١٤٣ .

المشروع وينبه اليه ^(١) ويسمح بتداركه اذا لزم الأمر ، وفقا للاجراءات الجديدة التى توضع له . ولعل هذا هو ما دعى المشرع المصرى الى تعديل نص المادة ٩٧٠ من القانون المدنى بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٥٩ بحيث أصبحت تنص على عدم جواز تملك الأشياء الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة أو كسب حق عيني عليها بالتقادم . ولكن يبقى بعد ذلك ان هذه الحماية خاصة بالأشياء المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة وان جانبا من الفقه الذى يواجه مشكلة المشروع العام فى اطار تقسيم القانون الى عام وخاص يعتبر المشروعات التجارية من أشخاص القانون الخاص ، كما يبقى أن هذه الحماية لا تمتد الى تملك المنقول أو اكتساب حق عيني عليه عن طريق قاعدة « الحيازة فى المنقول سند الحائز » .

(١) على البارودى المرجع السابق ، بند ١٤٤ .

الفصل الثالث

الملكية التعاونية

٣٢ - عرف القانون الحديث ، كما قدمنا ، تجمعات للأشخاص أو الأموال لتحقيق أغراض جماعية مختلفة ، كالاتحادات والجمعيات والشركات . مثل هذه التجمعات يضمنها القانون الشخصية القانونية ويعطيها الحق في التملك بما يتيح لها تأدية الغرض الذي تقوم عليه ، اقتصاديا كان هذا الغرض أو اجتماعيا . ومن بين هذه التجمعات التي ظهرت واحتلت مكانها الذي نعرفه في ظل الاقتصاد الرأسمالي ، تتضمن الجمعيات التعاونية بذور الفكرة الاشتراكية ، بما تهدف اليه من القضاء على الاستغلال عن طريق خدمة أعضائها دون سعي الى الربح ، وبما تتخذ لذلك من وسائل في الادارة وفي التوزيع ^(١) .

ويحتل التعاون الان مركزا مرموقا في التطبيقات الاشتراكية المختلفة ، خاصة فيما يتعلق بالزراعة والنشاط الحرفي والصناعي الصغير ، سواء أكان خاصا بالاستهلاك أو الائتمان أو الانتاج ، حتى أن هذه التطبيقات تتكلم عن صورة جديدة من صور الملكية هي الملكية التعاونية ، وتضعها - من حيث أهداف النظام الاشتراكي - في مركز وسط بين الملكية الخاصة « وملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » . وهذا النوع

Katzarov, op. cit., p. 314.

(١) راجع

وراجع أيضا في علاقة التعاون بالاشتراكية : مجلة الطليعة عدد سبتمبر سنة ١٩٦٥ ، خاصة مقال الدكتور حلمي مراد « التعاون في ظل الرأسمالية والاشتراكية » .

من الملكية جدير بنفس الحماية التي تتمتع بها « ملكية الشعب » أو « الملكية الجماعية » حتى أنه يعتبر صورة مرحلية من صور الملكية مآلها أن تتحول في النهاية الى « ملكية شعبية » أو « جماعية » بالمعنى الدقيق .

وقد نصت المادة ١٣ من دستور الجمهورية العربية المتحدة الصادر سنة ١٩٦٤ على هذه الملكية وعرفت بها بأنها « ملكية كل المشتركين في الجمعية التعاونية » .

ولعله من السهل علينا منذ البداية — بعد دراستنا لحقيقة ما يسمى بالملكية « الشعبية » أو « الجماعية » — أن نرى سبب اصرار التطبيقات الاشتراكية على تقديم ما يسمى بالملكية التعاونية كصورة جديدة متميزة في جوهرها عن صور الملكية المعروفة . فهذا الاصرار يرجع — كما رأينا بصدد « الملكية الشعبية » — الى ما تمارسه « الايديولوجية » من ارهاب على الفكر ، هذه « الايديولوجية » التي تنفر من الفكرة التقليدية للملكية كاختصاص من الشخص على الشيء المملوك ، وترى في هذا الاختصاص مصدر كل استغلال من الانسان لأخيه الانسان . وقد سبق أن رأينا أن القضاء على الاستغلال لا يمكن أن يغير من فكرة الملكية ، باعتبارها اختصاصا من شخص بشيء من الأشياء ومن ضرورة اسناد الشيء الى شخص معين لوجود الملكية . وكل ما يؤدي اليه القضاء على الاستغلال هو التصاعد بالوظيفة الاجتماعية للملكية الى أقصى مداها عن طريق

(١) يتساءل الفقيه K. Stoyanovitch (المرجع السابق بند ١٢٢ وما بعدها) عما اذا كانت الملكية التعاونية تعتبر ملكية جماعية بالمعنى الصحيح . وفي نظره أن الاجابة تتوقف على المعيار الذي يتخذ أساسا للملكية الجماعية . فإذا كان هذا المعيار هو الاشتراكية في ملكية وسائل الانتاج فلاشك أن الملكية التعاونية لا تعتبر ملكية جماعية لان وسائل الانتاج التي تعتمد عليها الجمعية من أرض وآلات تعتبر مملوكة للدولة (قارن النظرة السوفيتية التي لا تفرق بين ملكية الدولة والملكية الجماعية) . ولكن اذا كان معيار الملكية الجماعية هو الاشتراك في ملكية في نشاطهم الانتاجي ، فان الملكية التعاونية تعتبر من قبيل الملكية الجماعية وأن كانت ملكية ادنى من ملكية الدولة .

ما يفرضه على المالك من قيود والتزامات في استثماره لملكه والاستثمار
بريعه •

فمشكلة الملكية التعاونية - مثلها في ذلك مثل مشكلة الملكية
«الشعبية» أو «الجماعية» لا يمكن أن تثير سوى البحث عن الشخص الذي
تسند اليه والقيود التي تفرض على مضمونها تحقيقا لقيامها بوظيفتها
الاجتماعية • على أن الفصل في هذه المشاكل يستلزم أولا أن نعرض
لتطبيقات الملكية التعاونية في البلاد المختلفة التي تستعمل هذا التعبير •

تطبيقات الملكية التعاونية في البلاد الاشتراكية :

٣٣ - ففي الاتحاد السوفيتي يحتل النظام التعاوني مركزا هاما على
الأخص في القطاع الزراعي ^(١) • وقد فرضته على الاتحاد السوفيتي
ظروفه الخاصة بعد التأميم ، من صعوبة السيطرة على المزارعين في أراضيه
الواسعة ، مع ضرورة تجميع الأراضي الزراعية للحصول على أكبر ناتج
ممكن منها • ويقوم هذا النظام على انشاء جمعيات تعاونية تسمى
«بالكلخوز» ، يدخل فيها المزارعون ويخرجون منها طوعية • وتتمتع هذه
الجمعيات بالشخصية المعنوية ، ويتولى ادارتها جمعية عامة تجتمع كل شهرين
وتقوم كل سنة بتعيين مدير للاشراف اليومي • أما العمل في أراض الجمعية
فيقوم به أعضاؤها •

ولا تتعدى ملكية الجمعية (كما تحددها المادة ٧ من الدستور) البذور
والمواشي والمنتجات والمدخرات الخاصة التي يتفق أعضاء الجمعية على
تكوينها من حصيلة الأرباح • أما الأرض التي تقوم الجمعية على زراعتها
والمباني والآلات ، فكلها ملك للدولة ، وليس للجمعية سوى الاتقاع

K. Stoyanovitch, op. cit., No. 87 et ss.

(١) راجع في هذا الموضوع

بها • كذلك يظل لكل عضو حق الملكية الشخصية على الأشياء الخاصة به • وقد يكون منزل السكنى مملوكا ملكية عائلية •

ويحصل كل عضو في الجمعية على نصيبه من الناتج على أساس ما يقدمه من عمل • ولكل عضو دفتر « Livret » يقيّد له فيه عدد أيام العمل التي يؤديها • فالخاصية الأساسية لهذا النظام أن ما يحصل عليه العضو من دخل ليس ثمرة الملكية وإنما هو ثمرة العمل •

أما في دول أوروبا الشرقية فقد أدت ظروف هذه الدول الى الاحتفاظ بالملكية الخاصة للأرض ، اذ لم يكن من اليسير في هذه الدول ، لأسباب سياسية واقتصادية واجتماعية مختلفة ، نقل ملكية الأرض الى الدولة • وقد وجدت هذه الدول في التعاون الصيغة المناسبة للاحتفاظ بالملكية الخاصة مع ضمان استثمارها استثمارا اشتراكيا رشيدا عن طريق الاستفادة من مزايا الانتاج الكبير •

ويقوم النظام التعاوني في هذه الدول على تجميع الملاك في شكل جمعيات تعاونية تقدم لها الدولة الآلات والمباني والبذور والسماد وغيرها • وفي هذا الشأن تتراوح العلاقة بين المالك وبين الجمعية بين مجرد الاستعانة بخدمات الجمعية نظير دفع مقابلها وبين قيام الجمعية نفسها — عن طريق أدواتها وعمالها — بالاستثمار واقتسام الناتج مع المالك ^(١) • ويأخذ المالك في الحالة الأخيرة على ما يقدمه من عمل مقابلا مستقلا باعتباره عاملا وليس باعتباره مالكا •

أما تنظيم الجمعيات ، وإدارتها فتختلف تفصيلاته باختلاف الدول مما لا مجال معه للخوض فيه •

Jean-Pierre
Ferretjan

(١) في التجربة اليوغوسلافية بصفة خاصة تراجع القسم الاود من مؤلف

السابق الاشارة اليه ، وفي التجربة البولندية انظر فؤاد الدهان (تجربة من بولندا) الملكية الخاصة للأرض والزراعة الاشتراكية ، الطليعة فبراير سنة ١٩٦٦ ، ص ٧٧ وما بعدها •

أما في الجمهورية العربية المتحدة فقد قضى قانون الإصلاح الزراعى الصادر فى سنة ١٩٥٢ بتكوين جمعيات تعاونية زراعية بين من آلت اليهم الأرض المستولى عليها طبقا لهذا القانون فى القرية الواحدة ومن لا يملكون فيها أكثر من خمسة أفدنة ، وذلك تجنباً لما يترتب على تفتيت الأرض من فقد مزايا الانتاج الكبير ، ثم نمت الجمعيات التعاونية الزراعية بعد ذلك فى خارج نطاق الإصلاح الزراعى حتى شملت أنحاء الجمهورية • وقد جعل قانون التعاون الصادر فى سنة ١٩٥٦ الجمعيات مفتوحة لكافة المزارعين بصرف النظر عن مقدار ملكياتهم •

ويقوم بإدارة الجمعية مجلس إدارة منتخب ، كما يكون لها مدير مشرف معين • وتتدرج الجمعيات التعاونية فى هيكلى عام الوحدة الأساسية فيه هى الجمعية الزراعية فى القرية ، تعلوها الجمعية التعاونية المشتركة على نطاق المركز ، ثم الجمعية المركزية على نطاق المحافظة ، ثم المؤسسة المصرية التعاونية الزراعية العامة •

على أن التعاون كان قاصراً فى البداية على تزويد المزارعين بالسلف والأدوات اللازمة للزراعة ، كالسماد والبذور والماشية ، ومساعدتهم فى مقاومة الآفات ، ثم تكفل التعاون بعد ذلك بتسويق المحاصيل وذلك بتسلمها ودفع ثمنها للمزارعين بعد خصم مستحقات الجمعية • ويشهد التعاون الآن تطوراً جديداً يتمثل فى التوسع فى تجميع الاستثمار الزراعى بتنظيم دورة زراعية موحدة لجميع أراضي القرية الواحدة ، فيمكن بذلك استخدام الآلات ومقاومة الآفات بطريقة اقتصادية وتجنب أضرار المحاصيل المختلفة ببعضها ، مع بقاء ملكية كل فرد فى القرية خالصة له ، كما يتمثل فى إشراف الجمعية على العلاقة الإيجارية بتحرير عقد الإيجار إذا امتنع أحد الطرفين عن توقيعه وتأجير الأرض أو تحصيل الأجرة نيابة عن المالك إذا رغب فى ذلك •

حقيقة الملكية التعاونية :

٣٤ - ولعله يتضح من هذا العرض السريع انه اذا أخذنا فكرة الملكية بمفهومها القانوني كعلاقة بين الشخص وبين شئ من الأشياء تخول له حيازته والانتفاع به والتصرف فيه ، فالتنا لا نجد « كلا » متناسقا يسند لشخص من الأشخاص ويمكن أن يطلق عليه الملكية التعاونية . فالأشياء التي تخضع لسلطة الجمعية التعاونية في التطبيق السوفيتي الجانب الهام فيها (الأرض والالات) ملك للدولة والباقي منها ملك للجمعية ذاتها كشخص قانوني يتمتع بالشخصية المعنوية (يجوز له اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات) . أما في التطبيقات الأخرى فالأرض تعتبر مملوكة ملكية خاصة للأشخاص الطبيعيين المكونين للجمعية ، والالات والعدد وغيرها تعتبر مملوكة للجمعية أيضا باعتبار شخصا قانونيا عاديا .

وعلى ذلك ففكرة « الملكية التعاونية » ان كانت لا تعبر عن نوع جديد من الملكية ، كما رأينا ، فهي لا تعبر أيضا عن فكرة الملكية بمعناها التقليدي ، وانما تعبر عن طريق من طرق الاستثمار والادارة الجماعية للملكية العامة أو الملكيات الخاصة على السواء ، تتلاقى نتائجها مع أهداف النظام الاشتراكي وتفرضه ظروف التطبيق فيه . فهو في البلاد التي أصبحت فيها الأرض الزراعية ملكا للدولة ضرورة يفرضها ما يقتضيه القطاع الزراعي بصفة خاصة من قدر كبير من اللامركزية مع ضمان السيطرة والتوجيه . وهو في البلاد التي لا زالت الأرض فيها مملوكة ملكية خاصة ضرورة يفرضها ما يهدف اليه النظام الاشتراكي من تجميع الأرض للاستفادة من مزايا الانتاج الكبير . وبذلك فان مجال دراسة ما يسمى بالملكية التعاونية ليس هو الملكية وانما هو التعاون بصفة عامة .

ولكن يبقى بعد ذلك أن الجمعية التعاونية ذاتها كشخص معنوي تعتبر مملوكة للأشخاص الطبيعيين المكونين لها ، على نحو ما سبق أن رأيناه بالنسبة للأشخاص المعنوية عموما .

على أنه مما لا شك فيه أن للإدارة التعاونية تأثير كبير على مضمون الملكية الخاصة للأرض ودفع لوظيفتها الاجتماعية ، بتجريد المالك الفردى من كثير من السلطات التى كان يمارسها فى ظل نظام رأسمالى حر لصالح الجمعية من ناحية ، وبتحقيق سيطرة الدولة على هذه الملكية عن طريق اشرافها وتوجيهها للتعاونيات من ناحية أخرى . وقد رأينا مثالا واضحا لذلك فى دول أوروبا الشرقية ، حيث تنحصر سلطة المالك بالتدريج فى مجرد الحصول على جزء من الناتج مقابل ما يقدمه من أرض فى عملية الاستثمار الزراعى ، أما ما يقدمه من عمل فى الأرض فيأخذ عليه مقابلا آخر مستقلا باعتباره مالكا ، وأما عملية الاستثمار ذاتها وتوجيهها فتكون للجمعية . وبذلك تنحصر سلطات المالك شيئا فشيئا فى مجرد الحق فى الحصول على جزء من ثمار ملكه كريع ، دون أن يكون له سلطة توجيه استثماره .^(١)

Jean-Pierre Ferretjan, op. cit, p. 131 et ss.

(١) انظر فى هذا الشأن :

الباب الثاني

مضمون الملكية

٣٥ - تعبر فكرة الملك ، فرديا كان أو اشتراكيا ، عن اختصاص شخص معين بشيء من الأشياء أو بحق من الحقوق أو بشخص من الأشخاص المعنوية اختصاصا يخوله السلطات التي تمكنه من الحصول على كل منافعه ، بحسب الأصل . ولكن الانسان لا يعيش وحده منعزلا عن أفراد الجماعة التي ينتمى اليها ، ولا يمارس حقه بمعزل عن الوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه . لذلك فحق الملكية يفترض بالضرورة الحد من سلطان المالك على ملكه بما تقتضيه مصالح هذه الجماعة وظروف هذا الوسط ، بتحويل الغير مشاركته في بعض أوجه الانتفاع به كلما فرضت الضرورة تلك المشاركة ، أو بمنعه من مباشرة بعض الأعمال ، أو بفرض بعض الأعمال عليه .

حقا جرى الفقه على القول بأن الملكية حق مطلق ، يختص المالك وحده بمزايا الشيء المملوك له دون أن يشاركه في ذلك غيره من الأشخاص ، ويترك له الحرية في استعماله دون أن يكون مسئولاً عما يجره ذلك من أضرار بالغير . ولكن هذا القول لم يكن سوى نتيجة لحصر تبرير الملكية في ضمان حرية الفرد منظورا اليه خارج النطاق الاجتماعي الذي يعيش فيه ، اعمالا للمذهب الفردي الذي ساد خلال القرن التاسع عشر والذي كان يركز النظر في أهداف القانون وغاياته الى الفرد متناسيا الجماعة التي ينتمى اليها ومصالحها ، أو على الأقل ظنا منه أن مصلحة المجتمع ليست

سوى مجموع مصالح أفرادهم . لذلك نص القانون المدنى الفرنسى (م ٥٤٤) ومن بعده القانون المدنى المصرى القديم (م ٢٧/١١) على أن الملكية هى حق الانتفاع بالشئ والتصرف فيه بطريقة مطلقة .

ولكن هذه النظرة الى حق الملكية لم يعد لها محل فى النظم الرأسمالية بعد أن أصبح من المسلم فى هذه النظم النظر فى الحقوق بصفة عامة - والملكية بصفة خاصة - الى مصلحة الجماعة بجانب مصالح أصحابها ، ومن ثم فقد قيد التقنين المدنى المصرى الجديد سلطات المالك بما يتفق مع الوظيفة الاجتماعية للملكية . فقد عرفت المادة ٨٠٢ من التقنين المدنى حق الملكية بقولها « لملك الشئ وحده فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » . لذلك فإن حذف عبارة «الوظيفة الاجتماعية» للملكية من بين نصوص مشروع هذا التقنين ، لم يكن القصد منه انكار ما للملكية من وظيفة اجتماعية ، وانما كان من قبيل الاكتفاء بالتطبيقات التى أوردها المشرع لهذه الوظيفة .

واذا كانت هذه النظرة الفردية الخالصة لحق الملكية لم يعد لها محل فى النظم الرأسمالية ، فلا مجال لها من باب أولى فى النظم الاشتراكية التى تقوم على تغليب مصلحة الجماعة على مصالح أفرادها . ولهذا فقد عنى المشروع الجديد للتقنين المدنى ، بعد أن نص على أن « لملك الشئ وحده فى حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » ، أن يردف ذلك بقوله « على أن يكون ذلك متفقاً مع ما للملكية من وظيفة اجتماعية » .

على هذا النحو فإذا جاز اليوم القول بأن حق الملكية حق مطلق ، فلا يمكن أن يفهم من هذا الاطلاق سوى معنى فنياً يمتنع بمركز الملكية التامة من الحقوق الأخرى التى ترد على الشئ ، باعتباره يخول صاحبه كل السلطات الممكنة تصورها على الشئ ، خلافاً لغيره من الحقوق التى لا تخول أصحابها سوى بعض هذه السلطات ، ولكن ذلك

لا يعنى انكار ما للملكية من وظيفة اجتماعية مثلها في ذلك مثل سائر الحقوق •

٣٦ - واذا كان اطلاق الملكية بهذا المعنى لا يتضمن انكار حق المجتمع في فرض ما يقتضيه صالحه من قيود على سلطاتها ، فانه يصح التساؤل عما اذا كانت فكرة الملكية تعبر عن سلطة مطلقة على الشيء بحيث تكون هذه القيود تحديدا خارجيا وطارئا لمضمونها أم أنها عنصر داخل فيها لا تتصور بدونه •

وقد ذهب البعض الى أن الملكية في ذاتها فكرة مجردة تعبر عن التمتع بجميع مزايا الشيء دون ما تحديد ، فاذا ما جاء القانون ليقيد من هذه المزايا بشكل أو بآخر فهو يضيق من هذه المزايا ويشل من ممارستها بحيث تبدو هذه القيود « كعنصر » مضاد يثقل الملكية ويكسر من حدتها في الحالات التي يوجد فيها •

ولكن البعض الآخر يرى أن القيود التي يفرضها القانون الحديث على الملكية أداء لوظيفتها الاجتماعية تبلغ من الكثرة والاصالة مرتبة يصعب معها اعتبار وجودها حادثا طارئاً على فكرة الملكية ويضاف لها كعنصر خارجي مضاد ، ويتعين اعتبارها كعنصر من عناصر فكرة الملكية ينشأ معها ويعتبر جزاء من مضمونها • فهذه القيود تعتبر بمثابة « تكاليف » أو « التزامات » تكون مع ما يعرف بسلطات الملكية مضمون حق الملكية ^(١) •

والواقع أن الملكية انما تعبر عن حرية التصرف في الشيء المملوك ، وهذه الحرية تتضمن بالضرورة حدودها عندما تصطدم بحريات الآخرين •

(١) في هذه النظريات والمقائلين بها في الفقه السويسري انظر رسالة Mohammad Mehdi Eljam السابق الإشارة اليها ، ص ٤٣ - ٤٧ •

ومن ثم فسلطات الملكية وقيودها تضمها فكرة واحدة هي فكرة الملكية ،
اذ أن أحداها دون الأخرى لا تستطيع أن تحقق للإنسان أغراضه التي هي
سبب الاعتراف له بحق الملكية ^(١) .

على هذا النحو فإن تحديد مضمون الملكية لا يقتصر على بيان سلطاتها
وانما يمتد الى تحديد النطاق الذي يفرضه القانون لهذه السلطات .

الفصل الأول : سلطات الملكية

الفصل الثاني : نطاق الملكية

(١) المرجع السابق ، ص ٥٠ وما بعدها .

الفصل الأول

سلطات الملكية

٣٧ - رأينا فيما سبق كيف أن فكرة الملكية تتسع لتشمل كل قيمة مالية سواء تمثلت هذه القيمة في شيء من الأشياء أو في حق من الحقوق العينية أو الشخصية أو في شخص معنوي . لذلك فالكلام عن سلطات الملكية يقتضى الكلام عن سلطات المالك على الشيء أو الحق أو الشخص المعنوي الذى هو مملوك له . ولما كان موضوع الحقوق الشخصية يدرس في نظرية الالتزام وموضوع الأشخاص المعنوية يدرس في أماكن عديدة من الدراسة القانونية فسوف تقتصر على الكلام عن سلطات الملكية فيما يعرف بالحق العيني .

كذلك رأينا أن هذا التصوير لفكرة الملكية يستجيب الى نظرة فقهاء الشريعة الاسلامية ، وان هذه النظرة قد اقتضت التفرقة في هذا الصدد بين المالك التام ، حيث يكون للمالك منفعة الشيء ورقبته ، والملك الناقص ، حيث يكون له أحد العنصرين دون الآخر . وأخذا بهذا التقسيم سوف نتكلم أولا عن سلطات الملكية التامة ثم عن سلطات الملكية الناقصة .

المبحث الأول : الملكية العامة

المبحث الثانى : الملكية الناقصة

المبحث الأول

الملكية التامة

٣٨ - اذا كان حق الملكية التامة يمتد الى كافة المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء ، فان مثل هذه المزايا يستحيل تعدادها تفصيلا . لذلك فقد جرى الفقه على ردها الى سلطات ثلاث : الاستعمال والاستغلال والتصرف . ولما كان لفظ الاستغلال يستخدم في معان أخرى في لغة القانون ، كما هو الحال في الكلام عن الاستغلال كعيب من عيوب الرضاء ، وفي الكلام عن الملكية المستغلة ، فانه يحسن استبدال لفظ الاستثمار بلفظ الاستغلال عند الكلام عن سلطات الملكية .

وشمول حق الملكية التامة لهذه السلطات هو الذي يفسر القول الشائع بأن الملكية حق جامع مانع . فهو حق يجمع كل ما يمكن الحصول عليه من الشيء الذي يرد عليه ، وهو حق يمنع غير المالك مما يخول الشيء من مزايا . وقد عبرت المادة ٨٠٢ من التقنين المدني عن ذلك بقولها « للمالك الشيء وحده . . حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » .

ويترتب على هذه الخصائص للملكية التامة ، انه اذا كان من الممكن تقسيم مضمون الملكية بتحويل شخص آخر غير مالك الرقبة سلطة استعمال الشيء أو استثماره ، فان ذلك لا يكون الا بصفة مؤقتة بحيث تعود ملكية صاحب الرقبة حتما فتمتد الى هذه السلطات . ويطرأ على ذلك أيضا أن مثل هذا التقسيم لا بد أن يترتب على سبب من القانون أو من ارادة المالك يتعين على من يدعيه اثباته .

٣٩ - ويقصد بالاستعمال ، في لغة الفقه ، الافادة المباشرة من المنفعة التي يمكن أن يخولها الشيء في غير ما يمكن استخراجه منه من منتجات أو ثمار . فاستعمال المنزل يكون بسكنه ، واستعمال السيارة يكون بركوبها ، واستعمال الكتاب يكون بقراءته . . .

ويقصد بالاستثمار ، استخلاص ما ينتج عن الشيء من ثمار لا تمس بجوهره . وليس في القانون تعريف للثمار ولكن المادة ٩٧٨ تبين نوعيها :

١ - ثمار مباشرة (مادية) وهى اما أن تتولد عن الشيء ذاتيا ، كالكلاء وتنتاج الماشية ، فتسمى ثمارا طبيعية ، واما أن تحتاج فى تولدها من الشيء الى عمل الانسان ، كالمزروعات ، فتسمى ثمارا مستحدثة .

٢ - ثمار غير مباشر (مدنية) ، وهى ما يغله الشيء من دخل تقضى مقابل تخويل الغير الاستفادة المباشرة منه ، كأجرة المنازل والأرض وفوائد النقود المقرضة .

والمهم فى كل ذلك أن الثمار تمثل الدخل المنتظم للشيء دون مساس بجوهره ذاته . ولذلك لا يعتبر من قبيل الثمار - التى يشملها الاستثمار - منتجات الشيء ، وهى ما ينتج منه فى غير دورية ويقتطع من جوهره ، كالأحجار المستخرجة من الحجر والأشجار المقتطعة من الغابة ^(١) .

ويقصد بالتصرف ، استخدام الشيء استخداما يستنفد السلطة المقررة عليه كلها أو بعضها . وتعريف التصرف على هذا النحو يوضح الفرق بينه وبين التصرف كرخصة مقررة لصاحب كل حق . فرخصة التصرف الملازمة لكافة الحقوق ، كحق الانتفاع ، انما ترد على هذه الحقوق دون أن تمتد الى الشيء المقررة عليه ، بينما التصرف فى الملكية يمتد فيشمل التصرف فى الشيء ذاته ، اذ الفرض فى الملكية أن الشيء يخضع للتسلط الشامل من جانب المالك . وعلى ذلك فالتصرف فى الملكية التامة لا يقتصر على التصرف القانونى المعروف فى سائر الحقوق وانما يشمل أيضا التصرف المادى باستهلاك الشيء أو اعدامه أو تحويله الى صورة أخرى .

٤٠ - على أن هذا التقسيم الثلاثى لما تتضمنه الملكية التامة من مزايا ومنافع لا يعبر عن الحقيقة فى كثير من الأحوال .

(١) حسن كيرة ، بند ٥٧ ، اسماعيل غانم بند ٢٥ ، عبد المنعم فرج البصدة ، حق الملكية ١٩٦٠ ، بند ٢٠ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٦ .

١ - فقد يختلط الاستعمال بالاستثمار • فإذا كانت الملكية واردة على أرض زراعية كان من الصعب التفرقة بين الاستعمال والاستثمار ، إذ أن استعمال الأرض الزراعية لا يكون الا بزراعتها والحصول على ثمارها •

٢ - وقد يختلط الاستثمار بالتصرف • فالتفرقة بين الاستثمار والتصرف تقوم على أساس أن الأول لا يمس بجوهر الشيء وأن الآخر يمس بهذا الجوهر ، ومن ثم فإن الاستثمار يخول الحصول على ثمار الشيء دون منتجاته • غير أن التفرقة بين الثمار والمنتجات ليست تفرقة جامدة ، إذ تستطيع الإرادة تغيير الوصف القانوني للمنتجات وادخالها في طائفة الثمار ، إذا ما اتجهت الى اعداد الشيء اعدادا خاصا من شأنه أن تتولد منتجاته بصفة دورية منتظمة ، رغم ما يكون في تولدها من مساس بجوهر الشيء • فالأحجار المقتطعة من الحجر والأشجار المقتطعة من الغاية وإن كانت تعتبر من قبيل المنتجات ، إلا أنه يكفي اعداد الحجر أو الغابة لإنتاج هذه الأحجار أو الأشجار بصفة دورية منتظمة حتى تعتبر من قبيل الثمار •

٣ - وقد يختلط الاستعمال بالتصرف • فإذا كانت الملكية واردة على شيء من الأشياء التي لا تتحمل الاستعمال المتكررة ، كان استعمال الشيء متضمنا التصرف فيه • فاستعمال النقود أو المواد الغذائية يتضمن في نفس الوقت التصرف فيها ، إذ أن هذا الاستعمال يترتب عليه استهلاكها •

٢١ - ونتيجة لهذا الخلط بين سلطات الملكية الثلاث ، الناشئة عن التعريف الضيق لكل من فكرة الاستعمال والاستثمار ، فقد ذهب البعض^(١) الى تعريف الاستعمال تعريفا واسعا يتضمن استعمال الشيء في كل ما أعد له ، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه ، ولو كان هذا الاستعمال يتمثل في الحصول على ثمار الشيء المباشرة طبيعية كانت أم مستحدثة ، كما في زراعة الأرض للحصول على ثمارها ، أو في الحصول

(١) السنهوري ، بند ٢٦٦ - ٢٠٥ •

على منتجاته ، كما في الحصول على أحجار المحجر أو أشجار الغابة ، أو كان يصل الى استهلاك الشيء ، كما في المواد الغذائية • ويمكن أن تتلمس في المادة ٨٠٤ من التقنين المدني سندا لهذا التعريف الواسع ، اذ تنص على أن « لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك » •

ووفقا لهذا النظر تقتصر سلطة الاستثمار على التعبير عن سلطة تخويل الغير حق الحصول على ثمار الشيء في نظير مقابل أو على ما يعرف بالثمار غير المباشرة أو المدنية • أما سلطة التصرف فتقتصر على التصرف القانوني الناقل للملكية أو للحقوق العينية دون التصرف المادي • فسلطة الاستثمار تتمثل في عمل قانوني من أعمال الإدارة ، وسلطة التصرف تتمثل في عمل قانوني من أعمال التصرف بمعناها المألوف •

٤٢ — والواقع أنه اذا تأملنا في الأمر فائنا نجد أن سلطة التصرف القانوني ليست من مضمون حق الملكية وانما هي رخصة مقرر لصاحب كل حق وتفترض سلفا استجماع الحق لعناصر وجوده • هذا فضلا عن أنه لكي تعتبر سلطة التصرف عنصرا في مضمون حق الملكية ، يجب أن تكون ملازمة لهذا الحق ، والا تتوافر في غيره من الحقوق ^(١) • ولكن الواقع أن المالك قد يمنع من التصرف القانوني في حقه بنص في القانون أو بمقتضى شرط ارادي محض في التصرف الذي تلقى عنه حقه ، كما ان امكانية التصرف القانوني صفة تلازم جميع الحقوق بصفة عامة بما فيها حقوق الدائنية •

ينبغي اذن ، عند بيان مضمون الملكية التامة ، الاقتصار على سلطة الاستعمال والاستثمار والتصرف المادي في الشيء المملوك ، سواء أبقينا على هذا التقسيم الثلاثي لعناصر الملكية التامة أو أخذنا بتقسيم ثنائي

S. Ginosar, op. cit., No. 11.

(١)

يدخل التصرف المادى فى الاستعمال • على أنه يلاحظ أن تصوير الملكية التامة على أنها تمتع بسلطات الاستعمال والاستثمار والتصرف لا يقصد به سوى تصوير مدى هذا الاختصاص دون أن تكون له نتيجة عملية معينة فى هذا الصدد • وقد يكون من الأدق أن تقول ان المالك يختص بمنفعة الشيء من ناحية ورقبته من ناحية أخرى ، على نحو ما يذهب اليه فقه الشريعة الاسلامية • فالاختصاص بالمنفعة يعبر عن سلطة التحكم فى أوجه الاستفادة من الشيء ، والاختصاص بالرقبة يعبر عن سلطة التحكم فى وجوده وكيانه ومصيره • وبذلك تقتصر فائدة التفرقة بين الاستعمال والاستثمار على تحديد نطاق الملكية الناقصة التى لا تشمل سوى منافع الشيء كلها أو بعضها ، أو على تحديد حق الحائز حسن النية فى الثمار كما سيأتى الكلام عليه فى موضعه (١) •

وسلطات الملكية ، على هذا النحو ، تثبت للدولة والأشخاص المعنوية العامة والمشروعات العامة ، على الأشياء المملوكة لها ، كما تثبت للأفراد على ملكهم • فلهذه الأشخاص جميعا استعمال الأشياء المملوكة لها استعمالا مباشرا سواء كانت مملوكة لها ملكية خاصة أو كانت مملوكة لها ملكية عامة كما فى استعمالها للطرق والكبارى والموانى وغيرها ، ولها الحصول على ثمارها المباشرة ، ولها تخويل الغير الانتفاع بها بمقابل تحصل عليه كثمار مدنية ، كما فى السكك الحديدية والتليفونات التى تأتى بربح وفير للدولة ، ولها التصرف فيها تصرفا ماديا ، كما لو كان الشيء بناء تهدمه • على أنه يلاحظ بالنسبة للأشياء المخصصة للمنفعة العامة ، أن حق الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة أو المشروعات العامة فى استعمالها

(١) قارب محمد مهدى الجام (المرجع السابق ، ص ٥٨) حيث يقول بصدد التقسيم الثلاثى

لسلطات المالك :

« On sépare deux facultés de même nature : jus utendi et jus fruendi ; faculté d'avoir les fruits (naturels ou civils) de la chose ; et on réunit deux facultés distinctes dans une seule et même faculté : jus abutendi qui emporte la consommation matérielle de la chose et sa consommation juridique ».

واستثمارها والتصرف فيها مقيد بالغرض المخصص له الشيء . فإذا كانت هذه الأشياء مخصصة للاستعمال المباشر للجمهور مثلا ، كالطرق والكبارى فإن استعمال الدولة لا يحول دون استعمال الجمهور لها . وتحويل الأفراد الانتفاع بهذه الأشياء ، عن طريق الإيجار - مثلا ، مشروط بعدم تعارض هذا الانتفاع مع المنفعة العامة ويجب إنهاؤه إذا أصبح متعارضا معها ^(١) . والتصرف في هذه الأشياء منوط بإنهاء تخصيصها للمنفعة العامة على نحو ما سبق أن رأيناه .

٤٤ - وإذا كان للمالك أن يستعمل ملكه وأن يستثمره وأن يتصرف فيه فالأصل أن له أن يقعد عن استعماله أو استثماره أو التصرف فيه . فله ألا يستعمل منزله أو أرضه أو سيارته أو ألا يؤجرها ، دون أن يتصرف فيها . ولكن الواقع أن هذه الحرية ليست الا أثرا من آثار المذهب الفردى ، لم يعد متفقا مع المذهب الاجتماعى الذى ينحصر فيه تبرير الملكية فيما تقدمه من نفع اجتماعى . ومن المؤكد أن قعود المالك عن مباشرة سلطاته يضر بصالح المجتمع عن طريق تعطيل ثرواته . لذلك كثيرا ما يتدخل المشرع لإجبار المالك على استثمار ملكه أو يقضى بسقوطه عنه جزاء لعدم استعماله له . فالمادة ١١ من قانون إيجار الأماكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ تنص على أنه « لا يجوز إبقاء المساكن المعدة للاستغلال خالية مدة تزيد على ثلاثة أشهر إذا تقدم لاستئجارها مستأجر بالاجرة القانونية ، والمادة ٨٧٤/٣ من القانون المدنى (قبل الغائها بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤) كانت تجيز لمن يضع يده على الأراضى غير المزروعة والتي لا يملكها أحد من الأفراد ، فيقوم بزراعتها أو غرسها أو البناء عليها ، أن يملكها ، ولكنها كانت تسقط ملكيته لها إذا لم يستمر فى استعماله مدة خمس سنوات متتالية خلال السنوات الخمس عشرة التالية للتملك ، والمادة

(١) محمد زهير جرائه ، ص ١٢٤ وما بعدها ، السنهاورى ، بند ٦٦ .

٣/١٤ من قانون الاصلاح الزراعى تقرر اسقاط ملكية من وزعت عليه الأرض وفقا لأحكامه ، اذا أخل بواجب العناية بزراعتها خلال خمس سنوات من تاريخ العقد النهائى . كذلك كثيرا ما يتدخل المشرع لاجبار المالك على التصرف فى ملكه تصرف ماديا ، كما فى اجباره على هدم المباني الآيلة للسقوط مثلا .

المبحث الثانى

الملكية الناقصة

(الحقوق العينية على ملك الغير)

٤٥ - قد يخول المالك شخصا آخر حقا عينيا على الشئ ينقص من تسلطه عليه ، اما بالحصول على منفعة كلها أو بعضها مدة معينة ، كما فى حق الانتفاع وحق الاستعمال أو السكنى ، واما بالحصول على مجرد حق ارتفاق على عقار . فاذا ما خول المالك للغير حق الانتفاع بقيت له الرقبة ، واذا ما خوله الاستعمال أو السكنى بقى له بجانب الرقبة الحق فى ما قد يغله الشئ من ثمار ، واذا اقتصر على تخويله حق ارتفاق بقيت له مع الرقبة كل المنفعة مع تقيده بعبء الارتفاق . وسوف نعرض لحق الانتفاع ومشتقاته من استعمال أو سكنى ثم للارتفاق ، مع ملاحظة أن الكلام على هذه الحقوق يتضمن فى ذاته الكلام عن الرقبة .

المطلب الأول : الانتفاع ومشتقاته

المطلب الثانى : الارتفاق

المطلب الأول

الانتفاع ومشتقاته

تعريف الانتفاع وخصائصه :

٤٦ - لم يعرف التقنين المدنى حق الانتفاع . ويمكن القول انه حق

عيني يخول لشخص معين الحصول على منفعة شيء أو حق للغير ^(١) .

وهذا الحق ينشأ ، كما سوف نراه ، بتصرف قانوني ، كالعقد أو الوصية ، أو بواقعة قانونية ، كالشفعة أو الحيازة ^(٢) . ولكن أيا ما كانت طريقة اكتساب الانتفاع فهو حق مؤقت ، مآله الى الانقضاء ، بحيث تعود المنفعة لمالك الرقبة ، فتجتمع له كل عناصر الملكية من جديد . فحق الانتفاع ، طبقا للمادة ٩٩٣/١ ، اما أن يتقرر لأجل معين فينقضى بانتهائه أو بموت المنتفع ولم لم ينته هذا الأجل ، واما أن يتقرر دون تحديد أجل منه فيعتبر مقررا لمدى حياة المنتفع وينقضى بموته .

ولما كان حتى الانتفاع بطبيعته حق مؤقت ، فقد نصت المادة ٩٩٥ على سقوطه بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة ^(٣) .

وحق المنتفع حق عيني لانه يرد مباشرة على الشيء . ولذلك يكون للمنتفع تتبع الشيء في أي يد يكون لاقتضاء حقه منه ، كما يكون له أن يستبعد كل مزاحمة من الغير في حدود مضمون حقه .

والمنتفع باعتباره صاحب حق على منفعة الشيء يستطيع التصرف في حقه ككل صاحب حق ، ولكنه لا يستطيع التصرف في الشيء ذاته ، اذ أن حقه قاصر على المنفعة دون الرقبة ^(٤) .

(١) يعرف مشروع القانون المدني الجديد حق الانتفاع بقوله « الانتفاع حق عيني يخول صاحبه استعمال عقار أو منقول أو حق للغير واستغلاله » .

(٢) يلاحظ أن الانتفاع ينشأ أيضا في القانون الفرنسي بنص القانون ، وتوجد تطبيقات هذا المصدر في نظام الميراث وفي النظام المالي للزوجين .

(٣) وحق الانتفاع ينتهي كذلك باتحاد المالك ، كما ينتهي بهلاك الشيء محل الانتفاع . على أنه اذا استحق تعويض أو تأمين عن الهلاك كان للمنتفع أن ينتفع به بقية مدة الانتفاع . وقد يحكم يسقط الانتفاع على سبيل أجزاء ، كما سوف نراه .

(٤) ينص مشروع التقنين المدني الجديد على أنه « ١ — للمنتفع أن يتصرف في حقه ما لم يكن ممنوعا من ذلك — ٢ — وفي حالة التصرف في حق الانتفاع يكون المنتفع الاصلى مسئولا قبل مالك الرقبة عن قيام المتصرف اليه بالتزاماته ما لم يقبل مالك الرقبة التصرف » .

محل حق الانتفاع :

٤٧ - والانتفاع يرد على العقار والمنقول ، سواء كان منقولا ماديا أم معنويا ، كما يرد على الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . على أن الانتفاع اذا ورد على أشياء قابلة للاستهلاك فانه يتضمن بالضرورة التصرف فيها . لذلك فان الانتفاع بمثل هذه الأشياء معناه في الواقع نقل ملكيتها للمنتفع مع التزامه برد مثلها أو قيمتها عند نهاية الانتفاع ^(١) .

واذا ورد الانتفاع على منقول غير مادي أو على حق من الحقوق الشخصية فقد سبق أن رأينا ما يثيره من صعوبة نتيجة عدم تصور حق عيني يرد على شيء معنوي أو على حق شخصي يتمثل في دين معين ^(٢) ولكن اذا سلمنا بأن الملكية ليست سوى التعبير عن علاقة التبعية بين شخص وشيء من الأشياء ماديا كان هذا الشيء أو معنويا ، وان الحق العيني ليس الا التزاما عينيا ، فانه يكون من السهل تصور ورود الانتفاع على الأشياء المعنوية ^(٣) .

مضمون حق المنتفع :

٤٨ - ومادام للمنتفع الحق في الحصول على منفعة الشيء فانه يكون له استعماله كما يكون له استثماره .

(١) وقد نص مشروع القانون المدني الجديد على أنه « اذا اشتمل الانتفاع على اشياء قابلة للاستهلاك جاز للمنتفع أن يستعملها بشرط أن يرد قيمتها عند نهاية الانتفاع وفق التقدير المتفق عليه ، فان لم يكن هناك تقدير متفق عليه كان للمنتفع الخيار بين أن يدفع قيمة هذه الاشياء أو أن يرد بدلها .

في هذا الصدد راجع : عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢١٨ وما بعده ،
S. Ginossar, op. cit., No. 54 ; Carbonnier, Droit civil, T. II, p. 104.

(٢) راجع ما تقدم بند ١٠ .

(٣) في الانتفاع بالاشياء المعنوية راجع : عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢٢١ وما بعده ،
Marty et Raynaud, T. 3, No. 68 et ss.

ولكن المنتفع اذا كان له الاستعمال مثله في ذلك مثل المالك ملكية تامة ، فهو مقيد في استعماله بالغرض المخصص له الشيء دون أن يكون له التغيير في تخصيصه ، خلافا للمالك ملكية تامة الذي له أن يستعمل الشيء في أى وجه أراد . على هذا النحو قررت المادة ٩٨٨/١ أن « على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التى تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة » .

واذا كان للمنتفع استثمار الشيء مثله في ذلك مثل المالك ملكية تامة ، فان الاستثمار يمتد الى ثمار الشيء دون منتجاته التى تبقى للمالك باعتبار الحصول عليها يمس بجوهر الشيء ، فضلا عن أنها لا تتجدد بصفة دورية ، بحيث لا يمكن القول بأنها تمثل الدخل العادى المنتظم للشيء . ولكن ما هو النطاق الزمنى الذى تتحدد به الثمار التى تكون للمنتفع ؟ يفرق القانون الفرنسى في هذا الصدد بين الثمار الطبيعية والثمار المدنية . فالثمار الطبيعية تكتسب بالقبض بحيث تكون الثمار التى يتم قبضها من يوم بدأ الانتفاع للمنتفع وتكون الثمار التى لا يتم قبضها حتى آخر يوم فيه للمالك الأصلى . أما الثمار المدنية فتكتسب يوما فيوما ، ومن ثم يكون للمنتفع منها ما يوازي مدة انتفاعه ^(١) . وقد انتقد كثير من الشراح الفرنسيين حكم الثمار الطبيعية في هذا الشأن وطالبوا باجراء حكم الثمار المدنية عليها باعتباره أكثر عدالة ^(٢) . وقد أخذ المشرع المصرى بوجهة نظر هؤلاء الشراح فنص في المادة ٩٨٧ على أن « تكون ثمار الشيء المنتفع به من حق المنتفع بنسبة مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة ٩٩٣ » ، ونصت المادة ٩٩٣ على أنه « واذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو موت المنتفع

Colin et Capitant, Droit civil, T. 1, No. 1073 ; Gosserand.

(١)

Colin et Capitant, Droit civil, T. 1, No. 1073 ; Gosserand.

(٢)

Cours de droit civil, T. I, No. 1901.

بزرع قائم ، تركت الأرض للمنتفع أو لورثته الى حين ادراك الزرع ، على أن يدفعوا الأجرة عن هذه الفترة » •

ولا صعوبة في تطبيق هذه الأحكام بالنسبة للثمار المدنية اذ يحصل المنتفع منها على ما يوازي الفترة بين بدأ الانتفاع وانتهائه • أما بالنسبة للثمار الطبيعية فيصير توزيع الثمار الموجودة في الأرض عند بدأ الانتفاع بين المالك الأصلي وصاحب الانتفاع بحسب ما يقابل المدة التي كان له الانتفاع فيها بالشيء من مدة بقاء الثمار في الأرض ، على أن يعرض المالك عن المصروفات التي أنفقها ^(١) • أما الثمار التي لا تزال في الأرض عند انتهاء الانتفاع فتكون للمنتفع ، على أن يدفع أجرة الأرض عن الفترة ما بين انتهاء الانتفاع ونضج الثمار •

والمنتفع — في حدود مضمون حقه — يستطيع أن يقوم بأعمال الإدارة كالتأجير وبيع المحاصيل والقيام بالأعمال التحفظية ورفع الدعاوى • ^(٢)

٤٩ — ووجود حق المنتفع وحق مالك الرقبة على نفس الشيء يفرض على كل منهما عدة التزامات تضمن ممارسة الآخر لحقه ^(٣) •

فالمنتفع يلتزم برد الشيء عند انتهاء حق الانتفاع ، فإذا كان الرد مستحيلا كان عليه أن يرد قيمته مقدرة في هذا الوقت • ولا يعفى المنتفع من هذا الرد الا اذا هلك الشيء بقوة قاهرة أثناء مدة الانتفاع • أما اذا كان الشيء قد هلك بعد انتهاء الانتفاع وتأخر المنتفع في الرد فهو مسئول عن هذا الهلاك ولو كان بسبب أجنبي (م ٩٩٠/٢) • وضمانا للوفاء بهذا

(١) عبد المنعم البدر اوى بند ٢٢٨ •

(٢) راجع مذكراتنا في التنظيم القانوني للايجار (على الالة الكاتبة) ١٩٦٧ — بند ١٧١ •

(٣) Hassan Aberkane, L'obligation propter rem en droit positif français, Paris, 1957, No. 38 et ss.

الالتزام أوجب المشرع على المنتفع ، عند بدء الانتفاع ، أن يقوم بمجرد الشيء المقرر عليه الانتفاع اذا كان منقولاً وتقديم كفالة به (م ٩١٤) •

ويلحق يرد الشيء رد الثمار التي يتم قبضها بعد انتهاء الانتفاع ، اذ أن هذه الثمار — كما قدمنا — لا تكون من حق المنتفع •

ويترتب على هذا الالتزام بالرد ، الذي يعتبر جوهر حق مالك الرقبة ، الزام المنتفع بحفظ الشيء وفقاً لمعيار الشخص المعتاد • فاذا ما أخل بهذا الالتزام اخلاً ترتب عليه ضرر بمالك الرقبة كان المنتفع مسئولاً عن تعويض هذا الضرر • وقد نصت المادة ٩٩٠/١ على هذا الالتزام بقولها « على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد » • وترتب على هذا الالتزام العام بالحفظ عدة نتائج حددتها المادتين ٩٨٨ ، ٩٨٩ من القانون المدني •

فالمنتفع عليه أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه عليها وبحسب ما أعد له وأن يديره ادارة حسنة (م ٩٨٨/١) • وعلى ذلك فهو يلتزم بعدم التغيير في مادة الشيء ، أو في الاستعمال المخصص له ، كأن يحول المسكن مثلاً الى محل تجارى • على أن المعيار العام في هذا الشأن هو معيار الادارة الحسنة ، فالمنتفع يستطيع القيام بمثل هذه التغييرات اذا كانت من قبيل هذه الادارة (١) •

وقد خولت المادة ٩٨٨/٢ « للمالك أن يعترض على أى استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء • فاذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فان لم يقدمها المنتفع أو ظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع

(١) نص مشروع التقنين المدني الجديد على هذا الحكم بقوله « على أنه يجوز للمنتفع اذا وجد مبرر قوى أن يغير فيها أعد الشيء له وفي طريقة استغلاله وذلك على نفقته وبحكم من القضاء » •

طبيعتها ، فللقاضى أن ينزع هذه العين من تحت يده وأن يسلمها الى آخر يتولى ادارتها ، وله تبعاً لخطورة الحال أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع دون اخلال بحقوق الغير » . ومثل هذه الاجراءات لا تخل بالطبع بحق مالك الرقبة فى المطالبة بالتعويض عن كل هلاك أو تلف يصيب الشئ بخطأ المنتفع .

والمنتفع عليه أن يقوم — طوال مدة انتفاعه — بالاصلاحات التى يقتضيها حفظ الشئ محل الانتفاع وصيانتـه . كذلك يلتزم المنتفع بالتكاليف المعتادة التى تدفع عادة من دخل الشئ ، كالضريبة العقارية مثلاً . أما الاصلاحات الجسيمة ، كاعادة بناء المسكن مثلاً ، والتكاليف غير المعتادة مثل ضريبة الدخل ، فهذه يتحملها مالك الرقبة ، وان كان المنتفع يلتزم بفوائدها طوال مدة الانتفاع ^(١) . وقد نصت المادة ٩٨٩ على كل ذلك بقولها :

١ — « المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وبكل النفقات التى تقتضيها أعمال الصيانة .
٢ — أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع فانها تكون على المالك ويتلزم المنتفع بأن يؤدى للمالك فوائد ما أنفقه فى ذلك . فان كان المنتفع هو الذى قام بالاتفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع » .

٥٠ — ولكن اذا كان ضمان حق مالك الرقبة يفرض على المنتفع مثل هذه الالتزامات فهل لا يقتضى ضمان حق المنتفع فرض التزامات معينة على عاتق مالك الرقبة ؟ يسلم الفقه والقضاء بالتزام مالك الرقبة بعدم التعرض للمنتفع فى تمتعه بحقه ، ولكنه يرفض التسليم بالتزامه قانوناً بالاصلاحات الجسيمة التى يضعها القانون على عاتقه بحجة أن المنتفع صاحب حق عينى .

فلا يمكن أن يلتزم مالك الرقبة قبله بأى التزام ايجابى (١)

ولكن هناك اتجاه آخر فى الفقه يرمى الى الزام مالك الرقبة بالقيام بالاصلاحات المذكورة ضمانا لاستمتاع المنتفع بحقه . مثل هذا الالتزام يبرره تنازع حق كل من المنتفع ومالك الرقبة على الشئ . فطالما كان من المسلم به التزام المنتفع ببعض الالتزامات التى يفرضها ضمان حق مالك الرقبة ، وهو حق عينى ، فان ضمان حق المنتفع ، وهو حق عينى كذلك ، يفرض التزامات مماثلة على عاتق مالك الرقبة (٢) .

تقدير حق الانتفاع :

٥١ - والواقع أن حق الانتفاع ، بالرغم من تنظيم المشرع المصرى له ، يكاد يكون غير معروف عملا فى مصر . وقد وجه الفقه الفرنسى الى هذا النظام عدة انتقادات أهمها ما يؤدى اليه تأقيت الحق من انصراف المنتفع الى الحصول على كل ما يستطيع من منافع الشئ بما قد يستنفده دون الاكتفاء باستثماره استثمارا معقولا ودون العناية بما قد يلزم لاستثماره من اضافة أو تحسين ، وما يؤدى اليه من انخفاض قيمة الشئ ، حيث يكون من الصعب بيع كل من الرقبة والانتفاع على انفراد . ولكن على الرغم من هذه الملاحظات ، فان الانتفاع يمكن أن يؤدى دورا هاما فى الحياة الاقتصادية بما يتيح للمالك الذى يريد الاحتفاظ بمنفعة شئ مملوك له طوال حياته مع التصرف فى رقبته للحصول على ما يريده من أموال ، وكذلك للمالك الذى يريد التصرف فى المنفعة مع الاحتفاظ بالرقبة على أمل اجتماع عناصر الملكية لديه بعد ذلك (٣) .

Aubry et Rau, par Bartin, Droit civil français, T. 2 1935, No. 234; (١)
Baudry-Lacantinerie et M. Chauveau, Droit civil, Les biens, 1899, No. 558;
Req. française, 10, 12, 1900, s. 104, 1, 36.

Carbonnier, p. 114 et s.; Aberkane, op. cit., No. 40 et s. (٢)

(٣) فى هذا الصدد راجع :

Marty et Raynaud, T. III, No. 63 ; Carbonnier, p. 111 et s.

وقد عني مشروع التقنين المدني بتشجيع المنتفع على القيام بتحسينات والاضافات اللازمة لتحقيق الشيء محل الانتفاع للغرض المخصص له ، فنص على أنه :

١ - « للمنتفع الحق في تعويض عن التحسينات التي تكون قائمة وقت رد الشيء . »

٢ - ويقدر التعويض بمقدار ما أنفق في هذه التحسينات ، أو ما زاد في قيمة الشيء أيهما أقل .

٣ - ويجوز للمحكمة أن تقضي بتقسيط التعويض بشرط تقديم الضمانات اللازمة » ، كما نص على أنه « يجوز للمنتفع أن يحدث اضافات لا تغير فيما أعد الشيء له . »

٤ - ولا يجوز للمالك أن يطلب ازالة هذه الاضافات وانما يخير بين أن يدفع مقدار ما أنفق في احداثها وما زاد بسببها في قيمة الشيء وقت رده .

٥ - وللمنتفع أن ينزع هذه الاضافات عند انتهاء الانتفاع اذا لم يترتب على ذلك ضرر بالشيء ، الا اذا اختار المالك استبقائها في مقابل أقل القيمتين المنصوص عليهما في الفقرة السابقة .

الاستعمال والسكنى :

٥٢ - واذا كان هذا هو مضمون الانتفاع باعتباره حقا يرد على منفعة الشيء ، فانه من المتصور أن يمنح المالك شخصا آخر الحق في الحصول على بعض ثمار الشيء دون استعماله أو ادارته ، أو أن يخوله استعماله دون الحصول على ثماره . وقد عني التقنين المدني بتنظيم وضعين من هذه الأوضاع تحت اسم حق الاستعمال وحق السكنى .

فحق الاستعمال وحق السكنى ليسا الا نوعا من الانتفاع ، يتميز باتصاله إتصالا وثيقا بشخص المنتفع ، ويتحدد مضمونه بإمكانياته في الاستعمال •

فحق الاستعمال لا يخول صاحبه سوى سلطة الاستعمال دون الاستثمار ، ومن ثم فهو يتيح له الحصول على خدمات الشيء وثماره • ولكن الحق في الحصول على الثمار مقيد بما يكفي حاجة صاحب الحق هو وأسرته • وحق السكنى ليس سوى حق الاستعمال مطبقا على المنازل • وقد نصت المادة ٩٩٦ على ذلك بقولها « نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم ، وذلك دون اخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام » •

وتحدد حقوق والتزامات كل من صاحب الاستعمال أو السكنى في مواجهة مالك الشيء على النحو الذى تتحدد به التزامات المنتفع ، في حدود مضمون حقه ، فيكون له حق في الادارة عموما ، ولكن ليس له الحق في التأجير ما لم يمنحه سند الحق ذلك • ويكون عليه التزام بالحفظ والرد على النحو الذى رأيناه في حق الانتفاع •

وهذان الحقان غير قابلين للتصرف فيهما لصالح شخص آخر بحسب الأصل ، وقد نصت على ذلك المادة ٩٩٧ بقولها « لا يجوز النزول للغير عن حق الاستعمال أو حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قانونى » •

وعموما يسرى على حق الاستعمال وحق السكنى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع ، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين • فلا ينطبق على حق السكنى مثلا ما تنص عليه المادة ٩٨٨/٢ من أنه يجوز أن ينزع القاضى الشيء الوارد عليه حق الانتفاع من يد صاحب هذا الحق ليسلمه الى أمين •

المطلب الثاني

الارتفاق

تعريف الارتفاق وخصائصه :

٥٣ - حق الارتفاق ، كما تعرفه المادة ١٠١٥ من القانون المدني ، « حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر » ، كحق شرب أو مجرى أو مسيل أو مظل أو مرور يتقرر لعقار على عقار ، أو كمنع البناء على عقار أو منع البناء عليه بعد ارتفاع معين لمصلحة عقار آخر . فالارتفاق عبء على عاتق العقار المرتفق به ، بمعنى أن وجوده مرتبط بوجود هذا العقار ، فيبقى ما بقى مهما تعاقب عليه الملاك . والارتفاق يتقرر لخدمة العقار المرتفق ، سواء كان ارتفاقا ايجابيا كحق المرور أو ارتفاقا سلبيا كعدم البناء ، بمعنى أن وجوده مرتبط أيضا بوجود هذا العقار مهما تعاقب عليه الأصحاب . على أن الارتفاق على هذا النحو يفترض أن العقار المرتفق به والعقار المرتفق لمالكين مختلفين ، بمعنى أنه إذا كان هناك عقاران لمالك واحد يقوم أحدهما بخدمة الآخر فلا يمكن القول بأن العقار الخادم في هذه الحالة يتحمل بحق ارتفاق لصالح العقار المخدوم ، وإن كان مثل هذا الوضع قد يكون بداية لتوليد حق ارتفاق بالمعنى الدقيق إذا ما أصبح العقاران فيما بعد لمالكين مختلفين .

والارتفاق لا يرد الا على العقار بالطبيعة . بل وفي طائفة العقارات لا يتصور وجوده الا على الأرض والبناء ، فلا يتصور وجوده مثلا على الأشجار .

ويجوز بمقتضى المادة ١٠١٥ أن يترتب الارتفاق على عقار عام ان كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا العقار . على أنه يلاحظ في هذا الشأن أن اكتساب الارتفاق على العقار العام بالاتفاق مقيد بعدم

تعارض ذلك مع التخصيص المعد له الشيء وفقا للقاعدة في التصرف في الأشياء العامة ^(١) . كذلك فإن مثل هذا الارتفاق لا يمكن كسبه بالتقادم وفقا لمبدأ عدم جواز اكتساب حق عيني على الشيء العام بالتقادم .

ومن الطبيعي أنه يمكن انشاء حق ارتفاق لصالح العقار العام على عاتق عقار خاص ، سواء كان ذلك عن طريق الاتفاق أو التقادم . على أن مثل هذا الارتفاق يأخذ صفة الشيء العام ، فلا يمكن سقوطه بالتقادم ويرتبط وجوده بتخصيص الشيء العام للمنفعة العامة اذا كان متعلقا بهذا التخصيص ^(٢) .

والارتفاق حق تابع لا يتصور وجوده منفصلا عن العقار المرتفق ، ومن ثم فلا يمكن التصرف فيه أو الحجز عليه مستقلا عن هذا العقار ، ويستفيد منه من ينتفع بهذا العقار من منتفع أو مستأجر .

والارتفاق لا يقبل التجزئة ، بمعنى أنه يقوم على عاتق كل العقار المخدم لصالح كل العقار الخادم بالرغم مما يخضع له أيهما من تجزئة . وقد نصت المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥ على هذا المبدأ وبينت حدوده . فالمادة ١٠٢٤ تقضى بأنه :

١ - اذا جرىء العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ، على ألا يزيد ذلك في العبء الواقع على العقار المرتفق به .

٢ - غير أنه اذا كان حق الارتفاق لا يفيد في الواقع الا جزء من هذه الأجزاء فلمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الحق عن الأجزاء الأخرى » . والمادة ١٠٢٥ تقضى بأنه :

(١) قارن محمد زهير جرانة ، ص ٥٧ ، وما بعدها .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

١ - « إذا جزیء العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعا على كل جزء منه . »

٢ - غير أنه إذا كان حق الارتفاق لا يستعمل فى الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها ، فلمالك كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق عن الجزء الذى يملكه . »

والارتفاق ليس حقا مؤقتا كحقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، ذلك أن هذا الحق ، كما قلنا ، ليس مقررا لصالح صاحب العقار المخدم على عاتق صاحب العقار الخادم ، وإنما لصالح العقار المخدم ذاته وعلى عاتق العقار الخادم ، ومن ثم فهو يدوم بدوام هذين العقارين ما لم يؤقت عند انشائه بأجل ينقضى بانقضائه . وتطبيقا لنفس الفكرة نصت المادة ١٠٢٨ من القانون المدنى على أنه :

١ - ينتهى حق الارتفاق اذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح فى حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق .

٢ - ويعود اذا عادت الأشياء الى وضع يمكن معه استعمال الحق ، الا أن يكون قد انتهى بعدم الاستعمال » ، ونصت المادة ١٠٢٩ من نفس القانون على أنه : « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه اذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » .

وليس فى دوام حق الارتفاق على هذا النحو ما يمس بجوهر حق الملكية الوارد على العقار الخادم فى منفعته أو رقيته ، اذ أنه من الواضح أن مالك هذا العقار يظل متمتعا بكل من المنفعة والرقبة ، غاية ما فى الأمر

أن الارتفاق يحد من الاستئثار بمنفعة العقار المرتفق به لمصلحة العقار المرتفق .

الارتفاق والحق الشخصي :

٥٤ - ولما كان الارتفاق مرتبط على هذا النحو بوجود العقار المرتفق به والعقار المرتفق مهما تعاقب عليهما الملاك ، فيتقيد به المالك الجديد للعقار المرتفق به ويستفيد منه صاحب العقار المرتفق ، فإن الارتفاق يختلف عن الأعباء الشخصية التي قد توجد فيما بين الملاك المتجاورين ولكنها لا تقوم الا فيما بين أطرافها ، ولو تعلقت بعقار ، فلا تنتقل ايجابا أو سلبا اذا ما انتقلت ملكية العقار المرتفق أو العقار المرتفق به الى شخص جديد . فاذا ما كان لشخص معين حق استعمال بئر مملوكة لشخص آخر ، فاما أن يكون استعمال هذه البئر لرى أرضه فيكون حق ارتفاق لارتباطه بعقار معين وقيامه على خدمته ، واما أن يكون استعمالها في شأن آخر من شئونه لا يتعلق بأرضه فيكون حقا شخصيا . واذا ماتعهد شخص بحرث حقل لجاره ، فإن صاحب الحقل لا يكون له حق ارتفاق وانما مجرد حق شخصي . لأن هذا الحق لا يرتبط من الناحية السلبية بعقار مرتفق به وانما يرتبط بذمة المدين ^(١) .

وترجع أهمية التفرقة بين حق الارتفاق والحق الشخصي الى أن حق الارتفاق ، كما قلنا ، يتبع الملكية ايجابا وسلبا فينتقل بانتقالها ، ويكون بالتالي حقا دائما ، بينما الحق الشخصي لا ينتقل بانتقال الملكية الا اذا

(١) راجع في التفرقة بين حقوق الاتفاق والحقوق الشخصية : عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢٧٣ وما بعده ،

Marty et Raynaud, No. 140 ; Carbonnier, p. 173 et ss.

ويلاحظ أن البعض يفرق بين الارتفاقات العينية والارتفاقات الشخصية التي تكون مفروضة على عقار لمصلحة شخص معين وليس لمصلحة عقار آخر
(Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 813)

كان من مستلزمات الشيء وكان الخلف الخاص على علم به وقت انتقال الشيء اليه (م ١٤٦) ، وهو حق مؤقت بطبيعته . هذا فضلا عن أن مالك العقار المرتفق يستطيع التخلص منه اذا هو تخلص عن عقاره ، ولا توجد هذه المكنة في الحق الشخصي .

ولما كان لحق الارتفاق هذه الخصائص التي تميزه عن الحق الشخصي، فقد جرى الفقه على القول بأن حق الارتفاق حق عيني يخول صاحبه سلطة مباشرة على العقار المرتفق به ، دون حاجة لتدخل صاحب هذا العقار ، اللهم الا ترك صاحب الارتفاق يمارس مضمون حقه ، وأن الارتفاق لا يمكن أن يتمحض في عمل ايجابي يقوم به مالك العقار المرتفق به .

غير أن السند المنشئ للارتفاق كثيرا ما يتضمن الزام مالك العقار المرتفق به ببعض الالتزامات الايجابية ، كالاتزام بالمحافظة على الطريق فيما يتعلق بارتفاق المرور . أو الاتزام بالمحافظة على المجرى في ارتفاق المجرى . وهذه الالتزامات ، بالرغم من صفتها الايجابية ومن تحمل شخص المالك بها . تنتقل الى ملاك العقار المرتفق به المتعاقبين ، وتأخذ سائر خصائص حق الارتفاق السابق الاشارة اليها . وتعرف لذلك بالالتزامات العينية . ولكن وجود مثل هذه الالتزامات لا يخل بالقاعدة سالفة الذكر والتي تقضى بأن محل الارتفاق لا يمكن أن يكون عملا ايجابيا يؤديه مالك العقار المرتفق به ، اذ أنها لا توجد بصفة مستقلة عن الارتفاق ^(١) . وقد نصت المادة ١٠٢١ على ذلك بقولها « لا يلزم مالك العقار المرتفق به أن يقوم بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق الا أن يكون عملا اضافيا يقتضيه استعمال الارتفاق على الوجه المألوف مالم يشترط غير ذلك » .

وقد أثار وجود مثل هذه الالتزامات العينية جدلا في الفقه حول علاقتها بحقوق الارتفاق . فالبعض يجعل من الالتزام العيني فكرة مستقلة ، ويفرق

Marty et Raynaud, No. 146

(١) عبد المنعم البدر اوى ، بند ٢٧٤ ،

بينها وبين الارتفاق على أساس أن الالتزام العيني وإن كان يرتبط بعقار مخدوم مثله مثل حق الارتفاق إلا أنه يختلف عنه في عدم ارتباطه بالضرورة بعقار خادم ^(١) . ويرتب هذا البعض على ذلك عدم خضوع الالتزام العيني للقاعدة المعروفة في حقوق الارتفاق والتي تقضي بأن الارتفاق لا يمكن أن يلزم صاحب العقار المرتفق به بعمل ايجابي .

ولكن البعض الآخر يرى في الالتزام العيني وسيلة فنية لحل النزاع بين الحقوق العينية المختلفة ولو كانت هذه الحقوق واردة على عقارين متجاورين ، وذلك بتمكين أصحاب هذه الحقوق من استعمال حقوقهم ^(٢) لذلك فحقوق الارتفاق لا تعدو أن تكون نوعا من الالتزام العيني يقع على أعتاق مالك عقار معين ، يقابله حق عيني لصالح صاحب عقار آخر ^(٣) على هذا النحو يكون من المفهوم أن يتضمن الارتفاق التزام صاحب العقار المرتفق به في بعض الأحوال بالقيام ببعض الأعمال الايجابية بصفة تبعية ، طالما كان الارتفاق مجرد التزام عيني ، وطالما كان من الممكن أن يكون الالتزام العيني ايجابيا .

تحديد مضمون الارتفاق :

٥٥ - ويتحدد مضمون الارتفاق عن طريق السند المنشئ له ، كالاتفاق أو الحيازة أو تخصيص المالك . على أن ممارسة الارتفاق تشمل ممارسة كل ما يلزم لاستعماله من حقوق . فحق أخذ المياه من بئر الجار مثلا يشمل المرور في أرض صاحبة حتى مصدر هذه البئر ^(٤) .

ولصاحب الارتفاق عمل كل ما يلزم في العقار الخادم لاستعمال حقه ،

(١) De Juglart, Obligations réelles et servitudes en droit privé français, Bourdoux, 1937, p. 353.

(٢) Aberkane, op. cit., No. 21 et ss.

(٣) Idem, No. 92 et ss.

(٤) Marty et Raynaud, No. 159.

كعمل طريق بالنسبة للمرور ، وكعمل مجرى بالنسبة للشرب • وقد نصت المادة ١٠٢٠ على ذلك بقولها « لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضروري لاستعمال حقه في الارتفاق » • وطبيعي أن تكون هذه الأعمال على نفقة صاحب حق الارتفاق اعمالا لمبدأ عدم التزام صاحب العقار الخادم بأي التزام ايجابي • وقد نصت المادة ١٠٢٢ على ذلك بقولها :

« ١ - نفقة الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق والمحافظة عليه تكون على مالك العقار المرتفق ما لم يشترط غير ذلك •

٢ - فاذا كان مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأن يقوم بتلك الأعمال على نفقته ، كان له دائما أن يتخلص من هذا التكليف بالتخلي عن العقار المرتفق به كله أو بعضه لمالك العقار المرتفق •

٣ - واذا كانت الأعمال نافعة أيضا لمالك العقار المرتفق به ، كانت نفقة الصيانة على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من الفائدة » •

ومتى قام الارتفاق : وتحددت طريقة استعماله ، لا يمكن تعديله لمصلحة أي من العقارين الا بالاتفاق • فلا يمكن التغيير في الارتفاق لصالح العقار الخادم تغييرا يقلل من منفعته • غير أنه يجوز نقل الارتفاق من مكان لآخر اذا أصبح وجوده في المكان الأول مرهقا لمالك العقار الخادم وكان نقله الى المكان الجديد لا يترتب عليه نقص منفعته • وقد نصت المادة ١٠٢٣ على ذلك بقولها :

« ١ - لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي الى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة • ولا يجوز له بوجه خاص أن يغير من الوضع القائم أو أن يبذل بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق موضعا آخر •

٢ - ومع ذلك اذا كان الموضع الذى عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق أو أصبح الارتفاق مانعا من أحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق الى موضع آخر من العقار ، أو الى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى اذا قبل الأجنبى ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسورا لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسورا فى وضعه السابق » .

كذلك لا يمكن تغيير الارتفاق تغييرا يزيد من منفعته اذا كان ذلك يضر بمصلحة صاحب العقار الخادم . فاذا كان السند المنشئ للارتفاق سندا عاما لا يعين غرضا معيننا لاستعمال الارتفاق أو طريقا معيننا لممارسته ، فيكون لصاحب العقار المخدم بالطبع أن يمارس حقه كيفما شاء وفى الغرض الذى يحدده ، كما لو غير فى الاستعمال المخصص له عقاره الذى له ارتفاق المثل من منزل للسكنى الى محل تجارى ، أو وسع البناء الذى يتمتع بارتفاق بالمرور بما يزيد من عدد المارين .

أما اذا كان السند المنشئ للارتفاق قد حدد طريقة الاستعمال والغرض منه فيجب على صاحب العقار المخدم أن يلتزم هذا التحديد ، ولا يجوز له أن يخرج عنه الا اذا لم يكن فى هذا الخروج ما يزيد من عبء الارتفاق على صاحب العقار الخادم . وقد نصت المادة ١٠٢٠ على ذلك بقولها ان الا لمالك العقار المرتفق « ١ - . . . أن يستعمل هذا الحق على الوجه الذى لا ينشأ عنه الا أقل ضرر ممكن - ٢ - ولا يجوز أن يترتب على ما يجد من حاجات العقار المرتفق أية زيادة فى عبء الارتفاق » . ومع ذلك فالقضاء ، عن طريق تفسيره لارادة الطرفين ، يحرص على التوفيق بين طريقة استعمال الارتفاق والظروف

الجديدة . فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بتوسعة الممر عن القدر المحدد له في السند ، حتى يتلائم مع الظروف الجديدة التي تقتضى مرور السيارات الى العقار المرتفق به ^(١) .

على أنه يبدو أن صاحب العقار المرتفق به ليس له أن يغير من محل الارتفاق فينقله من مكانه الى مكان آخر ولو لم يكن في ذلك ضرر للعقار المرتفق ، اذ أن ذلك يعتبر تعديلاً للارتفاق ذاته وليس للاستعمال المخصص له ، فلا يمكن السماح به في غيبة نص مماثل لنص المادة ١٠٢٣/٢ التي تسمح بنقل الارتفاق الى مكان آخر اذا أصبح المكان المعين له أصلاً يزيد من عبء الارتفاق على العقار المرتفق به أو أصبح مانعاً من احداث تحسينات فيها ^(٢) .

فاذا قام صاحب العقار المرتفق به بمنع مالك العقار المرتفق من ممارسة حقه ، كما تحدد على النحو السابق ، أو تعدى مالك العقار المرتفق حدود الارتفاق المخول له ، كان الجزاء هو التنفيذ العيني ، بالزام المخالف بإعادة الحال الى ما كانت عليه ، مع التعويض عن كل ما يكون قد أصاب الطرف الآخر من ضرر .

نشأة الارتفاق وزواله :

٥٦ — والارتفاق ، كما سوف نرى ، ينشأ بعمل قانوني ، كالعقد أو الوصية . وكذلك تنشأ الارتفاقات الظاهرة — وهي التي توجد علامة خارجية تدل عليها — بالتقادم ، أو بتخصيص المالك الأصلي « اذا ما تبين بأي طريق من طرق الاثبات أن مالك عقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة ، فأنشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن

Req. 3/8/1937. Gaz. Pal., 1937, 2, 741.

(١)

Marty et Raynaud, op. cit., No. 160.

(٢)

العقارين كانا مملوكين لملاك مختلفين • ففي هذه الحالة اذا انتقل العقاران الى أيدي ملاك مختلفين دون تغيير في حالتها ، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك » •

وينتهي حق الارتفاق اذا ما فقد شرط من الشروط اللازمة لقيامه ، كأن هلك أحد العقارين أو اتحد مالكما • كذلك ينتهي بانقضاء المدة المحددة له وبعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة كقاعدة عامة (١) •

(١) راجع المائتين ١٠٢٦ ، ١٠٢٧ من التقنين المدني •

الفصل الثانى

نطاق الملكية

٥٧ - اذا كان حق الملكية كما رأينا حقا ذاتيا يتضمن منفعة الشيء ورقبته كلها أو بعضها ، فان لهذا الحق وظيفته التى يقوم بها فى خدمة المجتمع . وقد وقعت المذاهب الفردية والتقنيات التى اتخذتها فلسفة لها ، كالتقنين المدنى الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ والتقنين المدنى المصرى القديم فى سنة ١٨٨٣ ، عند ذاتية حق الملكية مغفلة كثيرا من مظاهر الوظيفة الاجتماعية التى لهذا الحق ، حتى بدأت المذاهب الاشتراكية فى الانتشار فأبرزت جوانبها المختلفة ^(١)

وقد عبرت المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى الحالى عن الوظيفة الاجتماعية للملكية ومظاهرها المختلفة بقولها ان هذا الحق ليس مطلقا لا حد له ، « بل هو وظيفة اجتماعية يطلب الى المالك أن يقوم بها ، ويحميه القانون ما دام يفعل ، أما اذا خرج على هذه الحدود ، فلا يعتبره القانون مستحقا لحمايته . » ويترب على ذلك تيجتان :

حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة فان المصلحة العامة هى التى تقدم ...

(١) السنهورى ، بند ٢٢٨ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٤ .

وحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك ، فإن هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم ، بعد أن يعرض المالك تعويضا عادلا ... » •

وإذا كان النص على الوظيفة الاجتماعية للملكية قد حذف من نص المادة ٨٠٢ ، فلم يكن ذلك — كما رأينا — عدولا عما قرره المشروع التمهيدى فى هذا الشأن وانما لأن فى التطبيقات التى أوردها المشرع فى صلب القانون المدنى والقوانين الخاصة ما يغنى عن النص عليها صراحة • بيان نطاق الملكية والحدود التى تمارس فيها سلطاتها يقتضى اذن بيان الحد الذى ينتهى عنده استعمال المالك لهذه السلطات لمصلحته الشخصية وتبدأ منه حقوق الغير من ناحية وحقوق المجتمع من ناحية أخرى •

- المبحث الأول : نطاق الملكية وحقوق الغير •
- المبحث الثانى : نطاق الملكية وحقوق المجتمع •

المبحث الأول

نطاق الملكية وحقوق الغير

٥٨ — يقتضى الوضع الناشئ عن تجاوز العقارات تطويع سلطات ملاكها بما يضمن حسن استخدامها جميعا •

وقبل أن نعرض لهذه التطبيقات لابد أن نشير الى علاقة الملكية العامة بالملكيات الخاصة فى هذا الشأن • فهل يتحدد نطاق الملكيات الخاصة تجاه الملكية العامة بنفس هذه الحدود ؟ وهل يتحدد بها بالعكس نطاق الملكية العامة تجاه الملكيات الخاصة ؟

لم يثر شك فى خضوع الأشياء الخاصة (Domaine privé) المملوكة للدولة ولغيرها من الأشخاص المعنوية العامة ، فيما يتعلق بنطاق حق الملكية الوارد عليها ، لنفس الحدود التى يتعين بها نطاق ملكيات

الأفراد الخاصة سلبا وإيجابا ، ولكن ثار الشك بالنسبة للأشياء العامة (Domaine public) . فقد ذهب البعض ^(١) الى أن علاقة الأشياء العقارية العامة بالأشياء العقارية الخاصة (سواء كانت مملوكة للدولة وغيرها من الأشخاص العامة أو كانت مملوكة للأفراد) يحكما مبدأ استقلال الأشياء العامة عن الأشياء الخاصة . ومؤدى ذلك أن التحديد الذى يضعه القانون المدنى لسلطات الملكية لمصلحة الملكيات المجاورة لا يفيد الملكية العامة ولا يثقلها ، ما لم يوجد نص صريح يقضى بغير ذلك . فمثل هذا التحديد يتعارض مع تخصيص الشئ للمنفعة العامة اذا ما ورد عليه ، ويأخذ طابعا آخر مختلفا عن طابع القانون المدنى اذا ما كان لمصلحته . ولكن الواقع أن هذه النظرة تنبع من نظرة هذا الجانب من الفقه الى حق الدولة والأشخاص المعنوية على الأشياء العامة . فهذا الفقه لا يقر تكييف حق الدولة والأشخاص المعنوية العامة على الأشياء العامة بأنه حق ملكيته ، ويرى أنه مجرد حق فى الاشراف والحفظ والصيانة ، ومن ثم كان طبيعيا أن يخلى هذا الفقه بين هذه الأشياء وبين أحكام القانون المدنى المنظمة لنطاق الملكية ^(٢) .

على أن الفقه أصبح يسلم الآن بملكية الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة للأشياء العامة . ولذلك كان طبيعيا أن يسلم ببيان التحديد الذى يضعه القانون المدنى لنطاق الملكية فى حدود الغرض المخصصة له هذه الأشياء . فيمكن للدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية

(١) جيز فى مقال له بمجلة القانون العلم سنة ١٩١ بعنوان

Indépendance du domaine public et des immeubles riverains

فى مؤلفه فى القانون الإدارى ، الطبعة الحادية عشرة ، ص ٦٩٩ وما بعدها (مشار اليهما فى زهير جرانه ، المرجع السابق ص ٢٢٢ و ٢٢٢٤ على التوالى) ، عبدالمنعم رياض ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، ص ٥٢٧ وما بعدها ، كامل مرسى ، الاموال الخاصة والاموال العامة ص ٨٢٨ ..

(٢) محمد زهير جرانه ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

العامّة أن تحتج بنص المادة ٨٠٧ من القانون المدني الذي يلزم الجار بألا يعلو في استعمال ملكه عن الحد المألوف والا كان مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه لجاره ، ويمكن لها أن تستفيد من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور المنصوص عليها في المواد ٨٠٨ وما بعدها من هذه القانون اذا كانت تملك عقارا مخصصا للمنفعة العامة وتوافرت فيه شروط الاستفادة من هذه النصوص . كذلك يمكن لصاحب الملك الخاص ، سواء كان فردا أو كان شخصا من أشخاص القانون العام أو كان مشروعا عاما ، أن يستفيد من هذا التنظيم لنطاق الملكية اذا كان مجاورا لشيء من الأشياء العامة وحدث له ضرر غير مألوف من هذا الجوار أو توافرت فيه شروط الاستفادة من حقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور . على أنه يلاحظ في الحالة الأخيرة أن الاستفادة الملكيات الخاصة مقيدة بالغرض المخصص له الشيء العام . فاذا كان تخصيص الشيء العام ، أو أصبح ، يتعارض مع ثبوت حق من الحقوق المذكورة للأشياء الخاصة المجاورة ، فيجب القول بعدم ثبوت هذا الحق له أو بزواله عنه (١) .

وتتلخص تطبيقات هذا الوضع — على حد تعبير المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الحالي (٢) — في أمرين :

« ١ — يطلب من المالك أن يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر بالغير ضررا غير مشروع ، والذي يطلب هنا هو عمل سلبي ، وتطبيقا لذلك يجب على المالك ألا يعلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار ، والحد المقصود هنا هو مضار الجوار غير المألوفة ... »

٢ — يجوز للغير أن يتدخل في انتفاع المالك بملكه لمصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من مصلحة المالك . وهنا تنتقل من الدائرة السلبية

(٣) المرجع السابق ، ص ٢٢٧ ، ٢٤٨ وما بعدها ، والمراجع المذكورة فيه

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٢٤ .

... الى الدائرة الايجابية ، وهى قيام الغير بأعمال معينة متعارضة مع حق المالك ... وتطبيقا لذلك يجيز المشروع للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاجه أراضيهم من رى أو صرف ، ويعطى حق المجرى وحق المسيل ، كما يعطى حق المرور ويتوسع فيه »

المطلب الأول : مسئولية المالك عن الأضرار التى تترتب للغير بسبب استعماله للملكه .

المطلب الثانى : حقوق الارتفاق القانونية .

المطلب الأول

مسئولية المالك عن الاضرار التى تترتب للغير بسبب استعماله للملكه

٥٩ - يخضع المالك للقواعد العامة فى المسئولية . هذه المسئولية قد يشترط الخطأ فى جانب المسئول لقيامها ، وقد تقوم دون حاجة الى خطأ اذا توافرت ظروف أخرى معينة .

فلا شك أن المالك يسأل اذا تجاوز مضمون حقه ^(١) بأن ارتكب خطأ ترتب عليه ضرر للغير . فاذا ترتب على عدم اتخاذ صاحب مصنع الاحتياطات اللازمة أن سالت المياه المتخلفة عن المصنع فى أرض الجار كان مسئولا عن تعويض هذا الجار عما يصيبه من ضرر من جراء ذلك ، واذا استخدم مالك فى حى قديم مبانيه متداعية طريقة حديثة فى البناء من شأنها أن تحدث هزات شديدة يترتب عليها زعزعة المباني المجاورة كان مسئولا عما يحدث لأصحابها من الضرر ^(٢) .

(١) انظر فى مجاوزة المالك لحدود حقه : محمد مهدي الجام ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ وما بعدها .

(٢) استئناف مختلط ١٩٢٩/١٠/٣١ ، Bultan ، ٤٢ ، ص ٩ ، وتطبيق الدكتور حامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد ص ١ ، ص ١١٩ وما بعدها .

على أن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن انحسار النزعة الفردية التي كانت تقرن الملكية — والحقوق بصفة عامة — بالحرية باعتبارها أساس قيام الفرد واستقلاله ، والنظر الى الملكية في ضوء ما تقدمه من نفع اجتماعي ، قد مكن من تصور قيام الخطأ في جانب المالك — وصاحب الحق بصفة عامة — في مباشرته لحقه ولو لم يخرج عن مضمون هذا الحق . على هذا النحو ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق التي وضع المشرع أحكامها في المادة الخامسة من القانون المدني الجديد والتي تظهر أهم تطبيقاتها في مجال حق الملكية ^(١) . وتطبيقا لهذه النظرية يعتبر المالك مسئولا في الأحوال الآتية :

١ — اذا لم يقصد باستعماله للملكه سوى الاضرار بالغير (م ١/٥) مثال ذلك أن يقيم المالك حائطا عاليا على حافة ملكه لمجرد حجب النور والهواء عن جاره ، رغم ما قد يعود عليه من منفعة عارضة غير مقصودة لذاتها من وراء اقامة هذا الحائط . وواضح أن تمحض استعمال الملك للاضرار بالغير يعتبر خطأ في جانب المالك . واذا كان اثبات هذا التمحض أمرا عسيرا في العمل ، الا أنه يمكن الاستدلال عليه في كثير من الحالات من انعدام مصلحة المالك في استعماله للملك ^(٢) .

٢ — اذا كان يقصد باستعماله للملكه مصلحة معينة ولكن كانت هذه المصلحة غير مشروعة (م ٣/٥) . مثال ذلك أن يحيط المالك أرضه بأعمدة عالية تعلوها أسلاك شائكة تعرقل هبوط الطائرات في أرض مجاورة

(١) في نظرية التعسف في استعمال الحق انظر بصفة خاصة رسالة الدكتور حسن كيرة في نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي والقانون المصري ، باريس ١٩٥٢ ، حسن كيرة اصول القانون ، الطبعة الثانية ، بند ٣٩٨ وما بعده ، والحقوق العينية لنفس المؤلف ، بند ٩٥ وما بعده ، السنهوري ، الوسيط ، ج ١ ، بند ٥٥ وما بعده ، أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية ، القانون الاقتصاد ، ص ١٧ ، ص ٧١ وما بعدها .

(٢) في هذا المعنى انظر حسن كيرة ، الحقوق العينية ، بند ٩٥ والاحكام المشار اليها في ص ٢١٢ وما بعدها .

بقصد ارغام الشركة صاحبة هذه الطائرات على شراء أرضه منه بثمن مرتفع . وواضح أن توافر مثل هذا القصد في استعمال المالك للملكه يتوافر معه الخطأ في جانب المالك .

٣ - إذا كانت المصلحة التي يرمى الى تحقيقها لا تتناسب مع الضرر الذي أصاب الجار بسببها (م ٢/٥) . والمقصود بذلك الحالة التي تكون فيها مباشرة حق الملكية بقصد تحقيق مصلحة مشروعة للمالك ولكن هذه المصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الجار بسببها من ضرر فادح . وواضح أن مثل هذا المالك مالك مستهتر لا يبالي بما يصيب جاره من ضرر بليغ لقاء منفعة تافهة لنفسه ، ومن ثم يتوافر الخطأ في جانبه . وقد أورد المشرع عدة تطبيقات لهذه الصورة . من ذلك مثلا ، فيما يتعلق بسلطة التصرف ، ما تنص عليه المادة ٩٢٨ من التقنين المدني من أنه « إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء ، وذلك في نظير تعويض عادل » ، وما تنص عليه المادة ٢/٨١٨ من أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذي يستند ملكه بالحائط ^(١) » .

(١) هذا النص يضع قيда على مالك الحائط الفاصل بين بنائين فيمنع صاحبه من هدمه اذا توافرت ظروف معينة . والمقصود بذلك الحائط الفاصل الذي يكون مملوكا ملكية خالصة لاحد الجارين لا الحائط المشترك بينهما . هذه الظروف التي يجب توافرها لقيام القيد الخاص بعدم الهدم ترجع الى شروط ثلاث . فيجب أولا أن يكون ملك الجار مستندا بالحائط وهو ما لا يتحقق الا اذا كان ملك الجار مسورا من جهات ثلاث وكان الحائط هو حده الرابع . ويجب ثانيا أن يترتب على الهدم الاضرار بهذا الجار . فاذا كان ملك الجار المسور مجرد أرض فضاء غير مبنية فيكون لمالك الحائط هدمه لعدم اضراره في مثل هذه الصورة بالجار . ويجب اخيرا ألا يوجد عذر قوى يبرر الهدم ، والمقصود بالعذر القوى المصلحة التي تتناسب مع ما يصيب الجار من ضرر بسبب الهدم .

وهذا الشرط الاخير يفصح عن طبيعة هذا القيد باعتباره مجرد تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني . فقد نصت الفقرة ب من هذه المادة على أن استعمال الحق يكون غير مشروع اذا كانت المصالح التي يرمى الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

على هذا النحو تتضح الحدود الذي يباشر فيها المالك حقه بصفة عامة . فالمالك لا يستطيع أن يباشر حقه الا لتحقيق مصلحة له مشروعة لا للاضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر .

٦٠ - وإذا كان المالك في مباشرته لحقه يخضع للقواعد العامة في المسؤولية القائمة على الخطأ ، فإن التطور الاقتصادي الحديث قد استلزم التسليم بمسؤوليته دون حاجة الى قيام الخطأ في جانبه أو على الأقل دون حاجة الى اثبات هذا الخطأ اذا توافرت ظروف معينة ^(١) .

وقد ترجع مثل هذه الظروف الى الاستثمار المعدل له الشيء وليس الى الشيء ذاته ، كما هو الحال فيما يتعلق بالمادة ٨٠٧ الخاصة بمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة .

فقد لوحظ أن القواعد العامة لا تكفى لحماية الجار . فكثيرا ما يضار الجار من مباشرة جاره لملكه دون أن يكون من المستطاع نسبة خطأ الى هذا الأخير لكونه يرمى من هذه المباشرة الى تحقيق مصلحة مشروعة وجدية واتخاذ كافة الاحتياطات الممكنة لتجنب جاره ما ينتج عن مباشرته لحقه من ضرر . من ذلك مثلا أن يقيم المالك مصنعا في أرضه ، مع اتخاذ كافة التدابير التي تفرضها القوانين واللوائح ، فيترتب على تصاعد الدخان أو الروائح الكريهة أو الضوضاء منه الاضرار بالملكيات المجاورة ، ومن

وواضح أن نص المادة ٢/٨١٨ يقتصر على منع المالك من الهدم دون أن يتجاوز ذلك الى تخويل الجار الذي يستند ملكه بالحائط الحق في الاستفادة منه في غير الاستئجار به ، كوضع حوائط خشبية فيه أو ما الى ذلك . على أن ذلك لا يمنع هذا الجار اذا قام بشيء من ذلك أن يكتسب حق ارتفاق أو حتى الملكية المشتركة للحائط ، اذا قام بهذه الاعمال بصفته صاحب ارتفاق أو شريكا في ملكية الحائط ، واستمر ذلك المدة اللازمة للتقادم المكسب .

(١) كما هو الحال فيما يتعلق بالمادة ١٧٦ الخاصة بمسؤولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر ، أو المادة الخاصة بمسؤولية حارس البناء عن الضرر الذي يحدثه انهزام البناء ، أو المادة ١٧٨ الخاصة بمسؤولية حارس الآلات الميكانيكية أو الاشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر للغير . وقد سبق دراسة كل هذه الاحكام في السنة الثانية .

ذلك أيضا أن يستثمر المالك أرضه في إنشاء مسرح أو سينما أو مدرسة أو مستشفى وما تحدثه الضوضاء الناجمة عن رواد هذه الأماكن من أضرار بالملكيات المجاورة • والجوهرى في كل هذه الأضرار انها لصيقة بنوع الاستثمار ذاته الذى اختاره المالك لملكه بحيث لا يمكن تجنبها مهما اتخذ من تدابير ^(١) •

وليس من المعقول بالطبع أن نمنع المالك من كل استثمار يترتب عليه ضرر بالغير لا يمكن تجنبه ، طالما انه لم يرتكب خطأ يتمثل في تقصيره في اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الضرر عن الغير أو في تعسفه في استعمال حقه ^(٢) ، وليس من المعقول كذلك أن نحمل الجيران كل هذه الأضرار • فالعدالة تقتضى التفرقة في هذا الشأن بين ما هو مألوف وما هو غير مألوف من الأضرار بالنسبة للملكيات المجاورة وتحمل المالك مسئولية الأضرار غير المألوفة وحدها ، وهو ما انتهى اليه القضاء الفرنسى ومن بعده القضاء المصرى خروجاً على القواعد العامة فى المسئولية • وقد عنى المشرع المصرى بإيجاد السند القانونى لهذا القضاء بنصه فى المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد على أنه « ١ - على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار - ٢ - وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوفة التى يمكن تجنبها ، وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الى الآخر ، والغرض الذى خصصت له • ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » • ويتضح من ذلك أن المشرع يضع حدا لاختيار المالك أوجه الاستثمار المختلفة لملكه هو عدم الغلو الى حد يضر بالجوار ضرراً غير مألوف ، فاذا

(١) اسماعيل غاتم ، بند ٦١ •

(٢) فى هذا المعنى اسماعيل غاتم ، بند ٦١ و ١ هـ ١٢١ • عكس ذلك حسن كيرة (رسالته ص ٢٠١ وما بعدها وص ٢٧٢ وما بعدها ، الحقوق العينية الاصلية بند ٩٨) حيث يرد مضار الجوار الى نظرية التعسف فى استعمال الحق •

تجاوز هذا الحد كان مسئولاً عن ذلك قبل الجار المضروب وإن لم يكن هناك خطأ في جانبه بالمعنى الدقيق للكلمة . فنعرض لشروط المسؤولية عن مضار الجوار ثم لجزاء هذه المسؤولية .

١ - شروط قيام المسؤولية عن مضار الجوار

٦١ - قيدت المادة ٨٠٧ في فقرتها الأولى المالك بعدم الغلو في استعمال ملكه ، ثم بينت المقصود بالغلو في فقرتها الثانية بقولها « ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها ، وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف » . فمقياس الغلو في استعمال الملك ، الذي يربط المسؤولية طبقاً للمادة ٨٠٧ ، هو الضرر غير المألوف . أما الضرر المألوف فلا يعتبر غلواً في استعمال الملك ولا يربط مسؤولية ، إلا إذا توافرت الشروط العامة للمسؤولية ^(١) . والمقصود بالضرر غير المألوف هو الضرر الفاحش الذي لا يمكن تحمله بين الجيران .

وواضح أن مقياس الضرر غير المألوف معيار مرن يطبقه القاضي في كل حالة على حدة وفقاً لظروفها ، ويستجيب إلى ما قد يستجد في المستقبل من أضرار نتيجة للتقدم الصناعي . فالضرر الناتج عن مصنع مثلاً يعتبر مألوفاً إذا كان المصنع قد أقيم في حي صناعي ويكون غير مألوف إذا كان المصنع قد أقيم في حي سكني هادئ . والضرر الذي يكون مألوفاً في زمن معين قد لا يكون كذلك في زمن آخر وهكذا .

(١) الواقع أنه يجب حذف الفقرة الأولى من المادة ٨٠٧ . فضلاً عن أنها تعتبر تزييداً لا هائدة منه مع وجود الفقرة الثانية ، فإنها تؤدي إلى اللبس عند البحث في شروط المسؤولية عن مضار الجوار ، بما قد توحى به من ضرورة وجود الخطأ كشرط لقيامها واتخاذها أساساً ، بينما الواقع - كما يظهر من الفقرة الثانية - أنه ليس هناك مجال للبحث في سلوك المالك المسئول عند بحث توافر المسؤولية وأساسها وإنما البحث يكون في الضرر الذي أصاب الجار ومدى مألوفيته . قارب منصور مصطفى منصور ٢ ص ٥٥ ، وقارب أيضاً المادة المقابلة من مشروع التقنين المدني الجديد .

وقد حددت المادة ٨٠٨ الظروف التي يجب الاعتدال بها في تقدير ما اذا كان الضرر مألوفاً أو غير مألوف بقولها « على أن برأى في ذلك العرف ، وطبيعة العقارات ، وموقع كل منها بالنسبة الآخر والغرض الذي خصت له » .

ومن تطبيقات القضاء المصري في هذا الشأن ما قضت به محكمة استئناف مصر ^(١) من أنه اذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها أخلقت ادارتها راحة السكان في حى مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم من ضرر ، وما قضت به محكمة القاهرة المختلطة ^(٢) من أن شركة الفنادق التى تقيم جهازاً لتوليد الكهرباء فى ملحق فندق تملكه تكون مسئولة عن الأضرار التى تصيب الجيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل هذا الجهاز ، وما قضت به محكمة الزقازيق ^(٣) من أنه ليس للجار حق مطالبة جاره بتعويض ما يلحق زراعته من ضرر بسبب قتل أشجاره طالما كان هذا الجار لم يعتمد زراعتها للأضرار به وطالما كان قد أتبع الأصول الزراعية فى غرسها .

٦٢ - ويلاحظ أن الظروف التى يتقيد بها القاضى فى تقدير مألوفية الضرر هى الظروف الموضوعية ^(٤) . فإذا كان الضرر الناشئ عن استعمال المالك للملكه مألوفاً وفقاً لهذه الظروف ولكنه يتجاوز الحد المألوف وفقاً لظروف شخصية خاصة بالمضرور فلا تقوم مسؤولية المالك . وعلى ذلك اذا كان الضرر هو الضوضاء الناشئة عن تشغيل مصنع ، وكان المضرور

(١) ١٩٤٠/١٠/١٧ ، المحللة ، ٢١ ، رقم ٢٧٦ ، ص ٨٩١ .
Gazette, 4, 206, 492

(٢) ١٩١٤/٥/٥ -

(٣) ١٩٣٣/١٠/٢٢ ، المحللة ، ١٤ ، رقم ١١٢ ، ص ٢٢٤ .

(٤) فى هذا المعنى : عبد النعم البدرأوى ، بند ٨٨ ، محمد على عرفه ، بند ١٩٣ ، حسن كيرة بند ٩٩ ، اسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، أنور سلطان ، البحث السابق ص ١٢٢ ، ١٢٤ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٢ .

شخصاً مريضاً أو ضعيف الأعصاب يلحقه ضرر جسيم من جراء ذلك ، فلا مسئولية على المالك اذا كانت هذه الضوضاء لا يترتب عليها الا ضرر مألوف بالنسبة للشخص العادى ^(١) .

ويذهب البعض الى أن المقصود بالظروف الخاصة بالجار المتضرر ، والتي لا تدخل فى الاعتبار عند تقدير مألوفية الضرر ، هو الظروف الشخصية المتعلقة بهذا الجار دون الغرض المخصص له عقاره ، ما دام هذا التخصيص عادياً ومعقولاً ^(٢) . فاذا كان هذا العقار مثلاً مخصصاً ليكون مستشفى ، فإن الضرر الناتج عن الضوضاء التي يحدثها مصنع مجاور يمكن أن يعد ضرراً غير مألوف بالنسبة لصاحب المستشفى ولو لم يكن كذلك بالنسبة لجار آخر يستعمل عقاره فى غرض آخر . فتخصيص عقار الجار لمثل هذا الاستعمال الخاص يعتبر من الظروف الموضوعية ولا يعد من الظروف الشخصية . ويستند هذا الفقه الى ما نصت عليه المادة ٨٠٧ من أنه يراعى فى تقدير مدى مألوفية الضرر « العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض المخصصة له » . ولكن البعض الآخر يرى أنه لا يجب النظر الى الظروف الخاصة بالجار المضروب سواء كانت ظروفها شخصية أو كانت متعلقة بالغرض المخصص له عقاره ، اذ ليس من المقبول أن تتغير الحدود المقررة لحق المالك فى استعمال ملكه بتغيير الظروف الخاصة بكل جار على حده . ولا يجد هذا الرأى فى الاعتبار التي نصت المادة ٨٠٧ على وجوب مراعاتها فى تقدير مألوفية الضرر ما يؤيد الرأى المخالف ، اذ أن هذه المادة تتكلم عن الغرض المخصصة له العقارات فى مجموعها ولم تخص بالذكر الغرض المخصص له عقار الجار

(١) وينبه البعض (اسماعيل غانم ، بند ٦٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٤) الى انه اذا قامت المسئولية وفقاً للظروف الموضوعية البحتة فيمكن بعد ذلك ادخال ظروف المتضرر فى تقدير التعويض المستحق له .

(٢) حسن كيرة ، الحقوق العينية بند ٩٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٣ ، السنهورى بند ٤٢٩ .

المتضرر ^(١) . ونحن نميل الى ترجيح الرأي الذى يعتد بالغرض المخصص له العقار طالما كان هذا الغرض مألوما بالنسبة لظروف المكان الذى يوجد فيه هذا العقار . فلا مانع مثلا من أخذ تخصيص عقار الجار كمستشفى فى الاعتبار طالما كان فى حى سكنى هادىء .

كذلك أثير التساؤل عما اذا كان من الممكن النظر فى تقدير مألوفية مضار الجوار الى أسبقية التملك أو الاستثمار . فقد ذهب البعض الى أنه اذا كان الاستثمار الضار موجودا قبل أن يصبح المتضرر جارا له أو قبل أن يحدد طريقة استثمار أرضه على النحو الذى يصبح به الاستثمار المجاور ضارا ، فيعتبر الضرر الناتج عن هذه الاستثمار مألوما بالنسبة له بحيث لا يكون له المطالبة بالتعويض عنه . فاذا تملك شخص قطعة أرض بجوار مصنع مثلا أو أقام على أرض مملوكة له بجوار هذا المصنع منزلا سكنيا ، فانه لا يستطيع مساءلة صاحب المصنع عما يحدث له من ضرر ناتج عن استثماره لمصنعه . وقد أخذت بعض المحاكم فى مصر بذلك ، فقضت محكمة الاستئناف الأهلية ^(٢) بأنه « اذا أقدم شخص على بناء دار قريبة من معامل فلا يحق له التضرر من وجودها لدخان متصاعد من مداخنها أو لقلق تحدثه آلاتها ، لأنه جار طارىء عليها ولأنه تخير فى بناء داره نقطة ظاهرة العيب . وعلى ذلك فلا يحق له طالب تعويض من أصحاب هذه المعامل عن شىء من ذلك » .

ولكن مثل هذا الرأي يجعل للبادىء فى الامتلاك أو الاستثمار حقا فى فرض ارادته على الجيران الطارئى ، باجبارهم اما على القيام بنوع معين من الاستثمار يتلاءم مع استثماره ، واما على تحمل الأضرار غير

(١) اسماعيل غانم بند ٦٢ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٤ .

(٢) ١٩٢٧/١٢/١٠ ، المحللة ٨ رقم ٣٢٦ ص ٤٩٨ . وانظر أيضا أنور سلطان ، البحث السابق والمراجع المشار اليها فيه .

المألوفة الناشئة عن استثمار المصنع اذا اختاروا بناء أماكن للسكنى ^(١) ،
وهي نتيجة لا يمكن التسليم بها . كل ما في الأمر أنه طالما أن العبرة في
تقدير مألوفية الضرر بالظروف الموضوعية المختلفة السابقة والتي يترتب
عليها تحديد طبيعة الحى ذاته ، فانه يترتب على ذلك أنه اذا أقدم عدة
ملاك على بناء المصانع فى حى معين مثلاً بحيث أصبح هذا الحى مع الزمن
من الأحياء الصناعية ، فانه لا يجوز لمن يبنى لنفسه منزلاً فى هذا الحى —
بعد أن تحددت طبيعته — أن يسأل أصحاب هذه المصانع ^(٢) . أما من
يكون له منزل فى هذا الحى قبل أن تتحدد طبيعته الصناعية فيجوز له
مسائلة صاحب المصنع الذى يقام فيه ، ولكن اذا سكنت عن ذلك حتى
أصبح الحى صناعياً امتنعت عليه هذه المسائلة .

٦٣ — ومن الواضح أن هذه المسئولية تختلف عن المسئولية طبقاً
للقواعد العامة . فالمسئولية طبقاً للقواعد العامة يشترط توافر الخطأ فى
جانب المسئول لقيامها ، ومتى توافر هذا الخطأ قامت المسئولية عن كل
ضرر ينشأ عن هذا الخطأ مهما كان يسيراً . أما المسئولية الناشئة عن مضار
الجوار فلا يشترط توافر الخطأ لقيامها وإنما يكفى لذلك وجود الضرر ،
ولكنها لا تقوم بالنسبة لأى ضرر وإنما بالنسبة للضرر غير المألوف دون
الضرر المألوف ^(٣) .

واذا كانت مسئولية المالك عن استعمال ملكه تختلف على هذا النحو
عن القواعد العامة فى المسئولية ، فمرجع ذلك أن هذه المسئولية تقوم على

(٣) حسن كيره ، الحقوق العينية الأصلية ، بند ٩٩ .

(١) فى هذا المعنى اسماعيل غانم بند ٦ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٢ ، عبد النعم
فرج الصدة ، بند ٥٥ .

(٢) قريب من هذا المعنى : اسماعيل غانم بند ٦١ و ١ ص ١٢١ . وانظر فى رد مضار
الجدار غير المألوفة الى تحمل التبعة أو الخطأ الناشئ عن الخروج عن الحدود القانونية
لحق الملكية : المسهورى ج ٨ ، بند ٤٢٧ والمراجع المشار اليها . وانظر فى رد هذا المضار الى
فكرة الاتراء بلا سبب : كربونيه ، المرجع السابق ، ص ١٦٥ وما بعدها .

التضامن الاجتماعي الذي يعتبر أساس حل النزاع بين الملاك المتجاورين في استعمال كل منهم للملكه ^(١) . فالقانون بتقريره لهذه المسؤولية انما يرسم لكل مالك النطاق الذي يجب الا يتعداه في استعماله للملكه والذي يبدأ منه نطاق حق جاره في استعماله للملكه ^(٢) .

٢ - جزاء المسؤولية عن مضار الجوار

٦٤ - التزام المالك بعدم الغلو في استعمال حقه الى حد يرتب ضررا غير مألوف للجار ، التزم بامتناع عن عمل ، اذا أخل به كان للجار أن يطلب ازالة الضرر .

وازالة الضرر تصدق على منع هذا الضرر في المستقبل عن طريق التنفيذ العيني ، كما تصدق على تعويض الجار المضروب عما لحقه فعلا من ضرر ، على نحو ما تنص عليه المادة ٨٠٧/٢ صراحة .

والتنفيذ العيني يتدرج « من الأمر بتعديل طريقة الاستغلال الى الأمر بتحديد نسبية من حيث الزمان أو المكان ، الى الحكم بوقف جزء منه ، الى الحكم بازالته كليا وغلق المحل أو المصنع » ^(٣) وفقا للظروف . فقد يكفي لازالة الضرر اجراء تعديل في مصدره كتعلية المدخنة أو توجيه فوهتها وجهة أخرى أو ثقل بعض الآلات من مكانها أو وضع عوازل للصوت . وقد يكفي لازالة الضرر امتناع المالك عن العمل خلال الاوقات التي تتحقق فيها الأضرار للجيران ، كأوقات النوم . وقد لا يكون هناك من سبيل سوى ازالة مصدر الضرر نهائيا ، كغلق المحل أو المصنع . على أنه يندر في الواقع أن يحكم القاضي بالازالة الكلية ، إذ أن تطبيق مبدأ عدم

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٥٣ .

(٤) شليق شحاته ، النظرية العامة للحق العيني ، ١٩٥١ ، بند ٦٨ .

(١) حسن كبره ، الحقوق العينية الأصلية ، بند ١٠٠ .

التعسف في استعمال الحق على الحق في طلب الازالة يمنع من اجابة المضرور الى طلب الازالة اذا كان الضرر الذي يصيب المالك من جراء اجابته الى طلبه لا يتناسب البتة مع ما يصيب المتضرر من ضرر (١) .
والغالب في هذه الحالة أن يحكم القاضى بالتعويض اذا لم يكن من الممكن تعديل الاستثمار بما يجنب الجار المضار دون ضرر فادح بصاحبه .

٦٥ - ويلاحظ أن الاستثمار الذي تسبب في الضرر قد يكون مرخصا به من جهة الادارة ، كما هو الحال في شأن المحلات الخطرة أو المضرة بالصحة والمقلقة للراحة التي يستوجب القانون الحصول على ترخيص ادارى بتشغيلها ، فهل يمنع مثل هذا الترخيص من مسائلة صاحب الاستثمار ؟ الواقع أن هذا الترخيص قصد به التأكد من توافر الاشتراطات التي نص عليها القانون ضمانا للمصلحة العامة ولكنه لا يرفع المسؤولية عما يمكن أن ينتج من ضرر للجيران عن هذا الاستثمار (٢) . لذلك فقد عيّنت المادة ٨٠٧ بالنص على أن الترخيص الادارى لا يحصل دون مسؤولية المالك اذا ما توافرت شروط هذه المسؤولية من قيام ضرر غير مألوف .

على أنه اذا كان من المسلم به أن الترخيص الادارى بالاستثمار لا يعفى المالك من المسؤولية ، فقد ذهب البعض (٣) الى أن الجزاء في هذه الحالة هو التعويض النقدي بحيث لا يجوز للقاضى أن يحكم بازالة الاستثمار المرخص به . ويرجع ذلك الى أن الحكم الصادر بالازالة يتضمن الناء للقرار الادارى الصادر بالترخيص وهو ما لا يجوز للمحاكم القضائية الحكم به .

(١) المرجع السابق ، في الموضع السابق .
(٢) في هذا المعنى : حسن كيره ، بند ١٠٠ ، اسماعيل غانم بند ٦٢ ، عبد المنعم مرج الصدده بند ٥٩ .

(٣) محمد على عرفة ، ج ١ بند ١٩٦ ،
Colin et Capitan, Droit civil français, par Guillot de La Morandière,
T. I, 1947, No. 1026.

وإذا كان لهذا القول ما يبرره في ظل القانون الفرنسى والمصرى القديم حيث تقوم مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة دون نص قانونى ، فانه يمتنع الأخذ به في ظل القانون المدلى المصرى الجديد حيث تقوم هذه المسئولية بناء على نص المادة ٨٠٧ التى عنيت بالنص على أن الجار له « يطلب ازالة المضار ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » . فهذا النص يجرّد الترخيص الادارى من كل أثر على مسئولية المالك عن مضار الجوار ، سواء فيما يتعلق بقيامها أو فيما يتعلق بآثارها ^(١) .

المطلب الثانى

حقوق الارتفاق القانونية

٦٦ - يعدد التقنين المدنى ، بجانب مسئولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة ، تحت عنوان « القيود التى ترد على حق الملكية » ، بعض « الأعباء العينية » التى تثقل سلطات المالك العقارى فى سبيل ضمان بعض المصالح الخاصة التى يراها جديرة بالرعاية . فالمادة ٨٠٨ تجيز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف المملوك لجارهم فيما تحتاج أراضيهم من رى أو صرف ، والمادة ٨٠٩ تعطيهم حق المجرى وحق المسيل ، والمادة ٨١٩ و ٨٢٠ تفرض على المالك ترك مسافات معينة عند البناء اذا أراد فتح مطل أو منور .

وهذه الأعباء العينية ترد على عقار فتحد من منفعة لصالح عقار آخر ، أو ترد على كل من العقارين فتحد من منفعة كل منهما لصالح

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ٦٣ والمراجع المشار اليها فى ص ٢ من ١٢٦ ،
المنهورى بند ٤٤٠ .

العقار الآخر على سبيل التبادل ، فتماثل بذلك حقوق الارتفاق في مضمونها ، فهل تعتبر من قبيل حقوق الارتفاق بالمعنى الدقيق ؟ هذا ما يأخذ به التقنين المدني الفرنسي وما كان يذهب اليه التقنين المدني المصري القديم . فهذان التقنيان يعتبران هذه الأعباء من قبيل الارتفاقات ويطلقان عليها الارتفاقات القانونية تميزا لها عن حقوق الارتفاق التي تنشأ بفعل الانسان والتي سبقت دراستهما . ومع ذلك فقد أثار تكييفها جدلا كبيرا في الفقه .

فقد ذهب البعض الى أن هذه الأعباء القانونية لا تعتبر حقوقا بالمعنى الدقيق ^(١) ذلك ألها تفرض بقوة القانون لصالح وعلى عائق كل عقار تتوافر فيه الشروط التي جعلها القانون مناطا لقيام « العبء » ، بينما حقوق الارتفاق تعتبر أعباء استثنائية تنشأ بفعل الانسان على عقار معين لصالح عقار معين آخر .

بعبارة أخرى فهذه الأعباء التي يطلق عليها القيود القانونية للملكية تمثل النطاق القانوني العادي للملكية ، بينما حقوق الارتفاق تمثل الخروج على هذا الوضع بإنشاء الانسان وضعا استثنائيا خاصا بملكية معينة . فالقانون مثلا حينما يضع قيودا قانونيا يقرر بمقتضاه لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام المرور في الأرض المجاورة ، فانه يحدد بذلك الوضع العادي لمضمون كل الملكيات المجاورة لأرض محبوسة عن الطريق العام من تحملها بمرور الجار المحبوسة أرضه عن هذا الطريق . أما اذا أنشأ المالك حق ارتفاق بالمرور لصالح أرض مجاورة غير محبوسة عن الطريق العام ، فانه في هذه الحالة يحمل أرضه بعبء استثنائي ما كان ليرتب بقوة القانون لولا أن قام هو بترتيبه بإرادته .

(١) في هذا المعنى : حسن كبر ، بند ٦٤ ، اسماعيل غنم ، بند ٤٤ ، عبدالمنعم نرج الصدة ، بند ٤٧ ، السنهوري بند ٢٩٢ . أنظر أيضا :
Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 818.

والواقع أن تماثل المراكز القانونية أو اختلافها لا يتحدد بتماثل مصدرها واختلافه أو بوفرته وندرته في الواقع العملي وإنما يتحدد بمضمونها ^(١) . لذلك فنحن لا نتردد في القول بأن الأعباء القانونية المفروضة على سلطات المالك بقوة القانون تعتبر حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق طالما أنها تماثل في مضمونها حقوق الارتفاق التي تنشأ بإرادة الأفراد ، ذلك المضمون الذي يتمثل في تحميل عقار بعبء معين لصالح عقار آخر ^(٢) . ولعل هذا ما يفسر كون الفقه المفكر لهذا التكييف مضطر عند عرضه لهذه الأعباء الى الكلام عن حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور الخ . أما كون القانون هو مصدر هذه الحقوق وما يستتبعه من كونها أعباء عامة تفرض على جميع العقارات التي توجد في وضع معين بقوة القانون ، فينحصر أثره في تميز هذه الحقوق ببعض الأحكام التي تختلف فيها عن حقوق الارتفاق الإرادية، دون أن يؤثر في طبيعتها ^(٣) .

١ - فإذا كان حق الارتفاق مصدره القانون ، فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال مدته ، طالما ظلت الشروط التي جعلها القانون

(١) قارب :

Planiol, Ripert et Picard, 2ème éd. No. 905 ; Marty et Raynaud, No. 144.

(٢) شفيق شحاته ، بند ٣٣٠ . قارب منصور مصطفى منصور ، بند ٤ ، حيث يعتبر ارتفاقات المياه والمرور حقوق ارتفاق حقيقية وينكر هذه الصفة على قيود المسافات « باعتبار أن كل مالك يتمتع عليه أن يفتح مطلا على أقل من المسافة القانونية دون تمييز بين مالك وآخر » ، بعكس الأولى التي قد توجد وقد لا توجد مما لا يمكن معه القول بأنها تمثل الوضع العادي لحق الملكية .

وانظر عبد المنعم البدر اوى ، بند ٧٨ ، حيث يفرق أيضا بين ارتفاقات المياه والمرور فيعتبرها ارتفاقات بالمعنى الصحيح وبين قيود المسافات فيعتبرها مجرد قيود على الملكية . وانظر .

وانظر في نقد هذه التفرقة : اسماعيل غانم (ص ٩٧ هـ ١) ، حيث يقول « ولا يكفى أن يقال أن تيد المسافة لا يعطى لغير المالك — على عكس « ارتفاقات » المياه والمرور — سلطة إجراء أى عمل من الأعمال على عقاره ، إذ أن الارتفاق قد يكون سلبيا يقتصر الأمر فيه على منع مالك العقار المرتفق به من استعمال ملكه على نحو معين .. »

Carbonnier, Droit civil, T. II, p. 183.

(٣) قارب

مناطاً له. متوافرة في كل من العقار المرتفق به والعقار المرتفق . أما اذا كان مصدره الاتفاق فانه يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . فالأول يرتبط وجوده بتوافر شروط قيامه ، بينما الآخر يرتبط وجوده باستعماله . وعلى ذلك اذا كان لأرض معينة حق المرور القانوني على أرض مجاورة لانحباسها عن الطريق العام ، فان هذا الحق يظل باقياً ما بقي الانحباس ولو لم يمارس المرور بالفعل ، أما اذا كان مصدر هذا الحق في المرور هو الاتفاق فانه يسقط بعدم الاستعمال مدة التقادم المسقط .

كذلك اذا كان حق الارتفاق مصدره القانون فانه يسقط باختلال الشروط التي جعلها القانون مناطاً لقيامه مهما طالت مدة استعماله قبل اختلال هذه الشروط . فاذا ظل صاحب العقار المخدم يمارس السلطات التي كان يخولها هذا الارتفاق قبل سقوطه فانه يكسب ارتفاقاً جديداً اذا استمرت ممارسته لهذه السلطات مدة خمس عشرة سنة بعد سقوط الارتفاق القانوني ، ولكن هذا الارتفاق الجديد لا يعتبر ارتفاقاً قانونياً ، وانما يخضع لأحكام الارتفاق الاتفاقي ، فيمكن سقوطه هو الآخر اذا امتنع صاحب العقار المخدم عن استعماله من بعد اكتسابه مدة التقادم المسقط . فاذا وجدت أرض منجسة عن الطريق العام كان لها حق المرور القانوني على الأرض المجاورة للوصول الى الطريق العام ، ولكن اذا زال هذا الانحباس بفتح طريق عام على حافة الأرض المنجسة من الناحية الأخرى زال حق المرور القانوني ، فاذا ما استمر صاحب الأرض التي كانت منجسة يمارس المرور في الأرض التي كان يمارس فيها حقه القانوني في المرور مدة خمس عشرة سنة بعد زوال حقه اكتسب ارتفاقاً جديداً بالتقادم ، ويكون هذا الارتفاق الجديد بالمرور قابلاً للسقوط بعدم الاستعمال .

٢ - واذا تصرف مالك في عقاره ثم تبين المتصرف اليه بعد ذلك وجود

ارتفاق على هذا العقار، فإن كان هذا الارتفاق مصدره القانون فإن المتصرف لا يكون ضامنا لوجوده ، لأن مناط وجود هذا الارتفاق هو توافر شروط معينة في كل من العقار الخادم والعقار المخدم يفترض في المتصرف اليه العلم بها . أما إذا كان هذا الارتفاق قد اكتسب بالاتفاق أو التقادم فإن المتصرف يكون ضامنا لأن وجود مثل هذا الارتفاق الأخير يعتبر وضعاً استثنائياً لا يتوافر بالضرورة في ظروف العقار المتصرف فيه . فإذا ضمن البائع مثلاً خلو المبيع من حق ارتفاق المثل فإنه يضمن للمشتري خلو المبيع من حق ارتفاق للمطل فرضه بالاتفاق أو كسب بالتقادم وهو أن يكون للجار حق فتح مطل أعلى أقل من المسافة القانونية ، ولكنه لا يضمن خلو المبيع من حق المطل القانوني بفتح الجار مطلقاً على المسافة التي يحددها القانون .

أما فيما عدا هذه الفروق التي ترجع الى اختلاف المصدر فيجب أن يسرى على حق الارتفاق القانوني أحكام الارتفاق الاتفاقي فيما لم يرد بشأنه نص . فيمكن مثلاً أن ينطبق عليها الحكم الخاص بسقوط حقوق الارتفاق إذا تخلى مالك العقار المرتفق به عن عقاره ^(١) .

وحقوق الارتفاق القانونية منها ما هو ايجابي يخول لمالك العقار المخدم أن يمارس عملاً معيناً على العقار الخادم كحق المرور ، ومنها ما هو سلبى يقتصر على تخويل هذا المالك سلطة اقتضاء امتناع كالاتناع عن البناء على مسافة معينة .

١ - الاتفاقات القانونية الايجابية

٦٣ - الأصل أن مالك المسقاة أو المصرف الخاص يكون له أن يستأثر

Baudry-Lacantinerie et Chauveau, op. cit., No. 818.

(١)

هذا وقد ماد مشروع التقنين المدني الجديد الى اعتبار القيود القانونية على الملكية من قبيل حقوق الارتفاق ، فأنضاف كلمة القانون الى المادة التي تتكلم عن طرق اكتساب الارتفاق ، كما هالج هذه القيود في المكان المخصص لحقوق الارتفاق .

بالانتفاع بها وأن يمنع غيره من استعمالها فيما تحتاجه أرضه من رى أو صرف ، وأن مالك الأرض له أن يستأثر بالانتفاع بها وأن يمنع غيره من استعمالها في اجراء مياه ريه أو صرفه أو في المرور خلالها إلى الطريق العام . غير أن تقرير هذا الأصل من شأنه أن يهدد بالموات بعض الأراضي التي لا تجد كفايتها من الماء لبعدها عن موره ، كما قد يؤدي إلى استحالة أو عرقلة استعمال أو استثمار بعض الأراضي لانجاسها عن الطريق انجاسا كليا أو جزئيا . لذلك فقد خرج التقنين المدني على هذا الأصل وقرر لمثل هذه الأراضي حقوقا في الشرب والمجرى والمسيل والمرور ^(١) . وسوف نعرض أولا لحق المرور على اعتبار أنه يقدم لنا أساسا يمكن على ضوءه تفهم الحقوق الأخرى في الشرب والمجرى والمسيل .

(١) حق المرور القانوني :

٦٨ - تنص المادة ٨١٢/١ من التقنين المدني على أن « مالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممر كاف إذا كان لا يتيسر له الوصول إلى ذلك الطريق إلا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة ، له حق المرور في الأراضي المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف ، مادامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام ، وذلك في نظير تعويض عادل . ولا يستعمل هذا الحق إلا في العقار الذي يكون فيه المرور أخف ضررا وفي موضع منه يتحقق فيه ذلك » . هذا النص يحدد شروط توافر الحق القانوني في المرور ويعين المكان الذي يمارس فيه هذا الحق ويبين العوض عن ذلك .

(٢) راجع في هذا الصدد رسالة الدكتور جلال العدوي « الاجبار القانوني على المعارضة » ، بند ٢٧٥ وما بعدها .

الانحباس عن الطريق العام مناط لحق في المرور :

٦٩ - يثبت الحق القانوني في المرور لكل أرض محبوسة أيا كان وجه استثمارها ، سواء كالت أرض بناء أو أرضا زراعية أو أرضا معدة للاستثمار الصناعي ^(١) .

وقد قرر القانون حق المرور لتمكين الأرض من الطريق العام ، ومن ثم فهو يثبت في حالة الانحباس عن الطريق العام . وقد كان المقصود بالانحباس في القانون الفرنسي والمصري القديم هو الانحباس التام . غير أن أخذ الانحباس بهذا المفهوم الضيق قد تكشف عن قصور في تلبية احتياجات العمل . ذلك انه كثيرا ما تكون الارض متصلة بالطريق العام ويكون هذا الاتصال غير كاف بالنظر لما اعدت له من استعمال . لذلك فقد تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ لاثبات حق المرور في حالة اتصال الأرض بالطريق العام اتصالا لا يفي باحتياجاتها ، وجاء القانون المدني المصري الجديد فاثبت حق المرور للأرض التي لا يصلها بالطريق العام ممر كاف « اذا كان لا يتيسر ... الوصول الى ذلك الطريق الا بنفقة باهظة أو مشقة كبيرة » .

فالأرض التي يصلها بالطريق العام ممر غير كاف تعتبر محبوسة . ويعتبر الممر غير كاف اذا كان لا يتيسر الوصول الى الطريق العام الا بنفقات باهظة أو مشقة كبيرة . ومثال الحالة الأولى أن يكون في الامكان انشاء ممر في ذات الأرض المراد اثبات حق المرور لها أو توسيع ممر قائم ليفي باحتياجاتها ولكن هذا الانشاء أو التوسيع يحتاج لنفقات لا تتناسب مع قيمة هذه الأرض أو أهمية استثمارها . ومثال الحالة الأخرى أن يكون هناك ممر شديد الانحدار يصل الأرض بالطريق العام

(١) نقض مدني ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر ، رقم ١٤٠ ، ص ٤١١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٢ .

ولكن استثمارها يحتاج لمرور الخيل والدواب محملة مثلاً ، مما يعرضها للخطر .

وتقدير كفاية الممر مسألة موضوعية يفصل فيها القاضى على ضوء الانتفاع المخصصة له الأرض . فالممر الذى يتسع لعبور المشاة قد يكون كافياً لتلبية احتياجات أرض مبنية ولكنه لا يكفى لتلبية احتياجات أرض معدة للزراعة . والممر الذى يتسع لمرور الدواب قد يكون كافياً لتلبية احتياجات أرض معدة للزراعة ولكنه لا يكفى لتلبية احتياجات أرض مقام عليها مصنع يحتاج لمرور عربات النقل . وما دامت كفاية الممر مرتبطة بوجه الانتفاع المخصصة له الأرض فإن حق المرور يتبع تغير هذا الانتفاع وجوداً وعدمه . فقد يكون الممر كافياً بالنظر الى الانتفاع بالمعدة له الأرض ولكنه يصبح غير كاف بالنظر الى الانتفاع الجديد أو العكس ، فيتوافر الانجاس أو ينعدم ، وينشأ بذلك حق المرور أو ينتفى .

ومن الواضح أن الانجاس بالمعنى المتقدم ينتفى اذا كان لمالك الأرض البعيدة عن الطريق العام حق ارتفاق اتفاقي بالمرور الى هذا الطريق وكان هذا الارتفاق كافياً بحسب الاستعمال المخصصة له الأرض . ويلاحظ أن الارتفاق الاتفاقي كما ينشأ بتصرف قانونى مستقل أو بشرط يرد فى تصرف قانونى كبيع أو قسمة أو مقايضة ، فانه قد ينشأ بقوة القانون استناداً الى مثل هذا التصرف باعتباره من مستلزماته . فالمادة ١٤٨/٢ تقضى بأن العقد — أو التصرف القانونى عموماً — لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

ويقىس الفقه الغالب على الحالة السابقة حالة تمتع مالك الأرض المحبوسة بالمرور فى أرض أحد جيرانه بناء على تسامح من هذا الجار ،

فيرفضون الاعتراف له بحق المرور القانوني ^(١) ولكننا نرى مع البعض أن لمالك الأرض المحبوسة الحق في المرور القانوني في هذه الحالة ، باعتبار أن مروره في أرض جاره على سبيل التسامح لا يثبت له حقاً في المرور يحويه القانون ، بعكس حالة مروره بناء على حق ارتفاق اتفاقي ^(٢) .

وإذا كان المشرع لم يضيف أى شرط للانحباس فالمسلم به فقها اشتراط ألا يكون الانحباس ناشئاً عن فعل المالك ، سواء كان هذا الفعل ارادياً في رأى البعض ، أو أى فعل في رأى البعض الآخر . فإذا كان للأرض ممر يصلها بالطريق العام فشغله صاحبها بالبناء أو كان لها ارتفاق اتفاقي بالمرور فتنازل عنه صاحبها أو تركه يسقط بالتقادم ، فلا يكون لهذه الأرض حق قانوني في المرور بالأراضي المجاورة ^(٣) .

وينتقد البعض بحق اطلاق هذا القول . ذلك أنه من المسلم أن الانحباس الذى يثبت حق المرور القانوني قد يكون نتيجة تغيير الاستعمال المخصصة له الأرض والاستعمال يحدث بفعل المالك . فيجب التمييز بين أفعال المالك المؤدية للانحباس وبين ما يؤدي منها الى حرمانه من المرور وما لا يؤدي الى ذلك . فليس من المعقول التسوية بين من يحبس أرضه عن الطريق العام بطريق يقيمه عليها ومن يغير في استثمار أرضه بما يؤدي الى عدم كفاية الارتفاق الاتفاقي المقرر له . ويرى هذا البعض أن يكون التمييز على أساس ما اذا كان الفعل الذى أدى الى الانحباس قد اقتضاه

(١) محمد كامل مرسي ، ج ١ ، بند ٣٢٣ ، شفيق شحاته بند ٣٦٠ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ٣٢٨ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٠ .

(٢) حسن كيرة ، بند ٧٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٢ ، السنهوري بند ٤٩٦ ، Baudrie - Lacantinarie et Chauveau, No. 1047.

(٣) شفيق شحاته ، بند ٣٦٠ ، عبد المنعم البدر اوى بند ٣٢٨ ، اسماعيل غانم ، بند ٥٥ ، حسن كيرة ، بند ٧٢ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٢ ، السنهوري ، بند ٤٦٦ .

ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت باعطاء حق المرور للمالك الذى كان له حق ارتفاق بالمرور وسقط هذا الحق بعدم الاستعمال حكم دائرة العرائض في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ مشار اليه في (Beudant-Lerebours Pigeonnière et Voirin), No. 534.

الاستثمار المعقول للأرض أم لا (١) . فإذا تبين أن التنازل عن الارتفاق أو عدم استعماله بما يؤدي إلى سقوطه كان بسبب تغيير المالك لطريقة استثمار الأرض ، فلا يحرم من حق المرور القانوني . أما إذا كان التنازل عن الارتفاق أو عدم استعماله مما لا يقتضيه الاستثمار الجديد المعقول للأرض فلا يجوز المطالبة بالمرور القانوني .

٧٠ - وحق المرور يثبت بمجرد توافر الانحباس . فمتى توافر الانحباس قام الحق ، ولا يؤثر في قيامه سكوت صاحبه عن المطالبة به أو قعوده عن استعماله مهما طالت مدة هذا السكوت أو عدم الاستعمال ، على نحو ما رأيناه بصدد بيان طبيعة حقوق الارتفاق القانونية .

كذلك يزول حق المرور بزوال الانحباس . وقد نصت المادة ٨١٢/١ على ذلك بقولها ان حق المرور يتقرر للأرض المحبوسة « ما دامت هذه الأرض محبوسة عن الطريق العام » . فإذا فتح طريق عام مثلاً على حدود الأرض التي كانت محبوسة أو تملك صاحبها أرضاً ملاصقة لها تكون متصلة مباشرة بالطريق العام ، زال الحق القانوني في المرور . وحق المرور القانوني يزول بزوال الانحباس مهما طالت ممارسته ، فلا يمكن اكتسابه بالتقادم على نحو ما رأينا (٢) . ويستوى في ذلك أن يكون زوال الانحباس قبل المطالبة بالمرور وتعيينه في أرض الجار أو بعد تعيينه واستعماله فعلاً ، على أن يكون لصاحب الأرض في الحالة الأخيرة أن يسترد من التعويض الذي يكون قد دفعه لمالك الأرض التي تعين فيها الممر قدراً من التعويض يتناسب مع ما تفاداه من ضرر نتيجة زوال حق المرور ، اذ الفرض أن التعويض قد روعي فيه عبء قدر دوامه .

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٢٢ . وقارب أيضاً :
Beudant-Lerebours Pigeonnière et Voirin, N. 534.

(٢) في هذا المعنى : السهوري ، بند ٤٦٧ .

نطاق المرور : تعيين المر وطريقة المرور :

٧١ - يثبت الحق في المطالبة بالمرور القانوني لمالك الأرض المحبوسة عن طريق العام ، ويثبت هذا الحق أيضا لمن يكون له حق عيني على العقار المحبوس يخول له استعماله أو استثماره ، كالمنتفع وصاحب حق الاستعمال أو السكنى . ذلك أن هذه الحقوق العينية تثبت لصاحبها سلطة مباشرة على الشيء تخول له استعماله أو استثماره ، فيكون له المطالبة بما للمالك من مكنات تيسر هذا الاستعمال أو الاستثمار دون حاجة لوساطة . وبالعكس لا يثبت هذا الحق لأصحاب الحقوق الشخصية ، كالمستأجر . فهؤلاء ليس لهم سلطة مباشرة في استعمال الشيء أو استثماره ، ومن ثم وجب عليهم الالتجاء الى المالك للحصول على مثل هذه المكنة (١) .

واذا كان مناط الحق في المرور هو الانجاس على المعنى السابق ، فانه يلزم تحديد نطاقه ، من حيث المر الذي يكون عليه المرور وطريقة هذا المرور . وتحديد نطاق المرور يكون باتفاق الطرفين . فاذا لم يمكن الوصول الى اتفاق ، كان تحديده عن طريق القضاء . وقد وضعت المادة ٨١٢ عدة قواعد يستهدى بها القاضي في تعيين هذا النطاق . وهذه المادة لا تخصص نوعا معينا من الأراضي لممارسة المرور فيه ، فيمكن أن يمارس في كل ما يجاور الأرض المحبوسة من أراض متصلة بالطريق العام ، سواء أكانت أرض بناء أو أرضا فضاء أو أرضا معدة للاستثمار الصناعي ، حتى ولو كانت مسورة ، ما دام من الممكن فتح باب في السور لتمكين صاحب المرور من ممارسة حقه ، وسواء أكانت هذه الأرض ملكا خاصا أم ملكا عاما ، ما دام المرور في هذه الأخيرة لا يتعارض مع تخصيصها للمنفعة

(١) - محمد كابل مرسى ، ج ١ ، بند ٣٢٨ ، شفيق شحاته ، بند ٣٦٢ ، محمد علي مره ، بند ٢٢٨ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢٣٦ ، اسماعيل غنم بند ٥٧ ، حسن كيرة بند ٧١ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٥ ، السنهوري بند ٤٦٦ .
وانظر أيضا : Marty et Raynaud, No. 291.

العامة • وليس أدل على ذلك من أن حق المرور الاتفاقي يجوز أن يترتب على العقارات العامة طبقا للمادة ١٠١٥ بنفس القيد ^(١) •

على أن هذه المادة تقضى بأن لا يستعمل الحق في المرور « الا في العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا وفى موضع منه يتحقق فيه ذلك » • ومرجع هذا التحديد رغبة القانون فى الا يترتب على الحق فى المرور الا أقل ضرا ممكن تحقيقا للمصلحة العامة • على أن المشرع قد استثنى من ذلك حالة ما اذا كان الانحباس ناشئا عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانونى ففرض أن يكون المرور فى هذه الحالة فى أجزاء هذا العقار ، طالما كان من الممكن ايجاد ممر كاف فيها • فقد نصت المادة ٨١٢/٢ على أنه « اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار تمت بناء على تصرف قانونى ، وكان من المستطاع ايجاد ممر كاف فى أجزاء هذا العقار ، فلا تجوز المطالبة بحق المرور الا فى هذه الأجزاء » • والمقصود بذلك بالطبع الحالة التى لا ينص فيها التصرف القانونى على انشاء ارتفاق بالمرور لصالح الجزء المحبوس على عاتق الأجزاء المتصلة بالطريق العام ، ولا يمكن استخلاص التزام بانشاء مثل هذا الارتفاق من الارادة الضمنية لأطراف التصرف أو من قواعد الضمان الخاصة بهذا التصرف أو من القواعد العامة فى تحديد ما يشمله التصرف طبقا للمادة ١٤٨/٢ من القانون المدنى ^(٢) •

(١) السنهورى ، بند ٤٦٩ • وانظر أيضا فى هذا المعنى Marty et Raynaud, No. 29 وهذا هو رأى محكمة النقض الفرنسية • (Req. 11/11/1867, s. 1868, 1, 30) ولكن مجلس الدولة الفرنسى لا يقر هذا الرأى (انظر الاحكام المشار اليها فى Marty et Raynaud, p. 30 note 7)

اما اذا أمكن استخلاص مثل هذا الارتفاق فلا يكون هناك انحباس يترتب الحق التستونى فى المرور ، ويخضع هذا الارتفاق لاحكام الارتفاق الاتفاقى دون حق المرور المنصوص عليه فى المادة ١/٨/١٢ • وعلى ذلك فهو يثبت بدون مقابل جديد ، لان المقروض ان مقابل المرور قد دخل

وواضح أن العدالة تقضى في هذه الحالة بتحميل الجزء المتصل بالطريق العام من العقار الذى تمت تجزئته بالمرور القانونى دون العقارات الأخرى المجاورة للجزء المحبوس ، ولو كان المرور في هذا الجزء أكثر عبثا وأشد ضررا ، لأن الاحتباس قد نشأ عن عمل طرفي التصرف . أما إذا لم يكن من المستطاع إيجاد ممر كاف للجزء المحبوس في أجزاء العقار الأخرى فتسترد القاعدة العامة في تحديد الممر سلطانها ، ويكون تعيين الممر في العقار الذى يكون المرور فيه أخف ضررا من العقارات المجاورة (١) .

في اعتبار أطراف التصرف عند إبرامه ، ولا ينتقل الالتزام بإنشاء الارتفاق الى الخلف الخاص إلا إذا كان عاما بوجوده وقت انتقال الملكية اليه فقا للقواعد العامة في انتقال الالتزامات الى الخلف الخاص (فإذا لم ينتقل الى الخلف الخاص طبقا لهذه القواعد تحقق الاحتباس من جديد وأمكن المطالبة بالمرور القانونى بمقابل طبقا للمادة ٨١٢/١) ، ويسقط بعدم الاستعمال بدق خمس عشرة سنة . ولكن حق الارتفاق ذاته أو الالتزام بالتسليم يزول إذا أصبح الجزء المستفيد منه متصلا بالطريق العام أو يبقى ، بحسب ما يتضح من تفسير التصرف القانونى ومعرفة ما إذا كان إنشاء الارتفاق معلقا على شرط فاسخ هو زوال الاحتباس عن الطريق العام أو غير معلق على ذلك .

(١) هذا الرأى الذى نقول به في تفسير المادة ٨١٢/٢ يخالف المسلم في الفقه ، سواء في فرنسا أو في مصر . ففى فرنسا كان القضاء يعتبر المرور في حالة الاحتباس الناشئ عن تجزئة العقار مرورا اتفاقياً ، فلما تقرر الحكم المقابل لنص المادة ٨١٢/٢ من القانون المدنى المصرى — ع قد جعل المرور في حالة الاحتباس المترتب على قانون ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ — قيل أن المشرع تجزئة العقار بتصرف قانونى مرورا قانونياً بعد أن كان اتفاقياً (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, 1056) ولكن أغلبية القضاء والفقه لازالت على أن المصدر المباشر لحق المرور هو التصرف القانونى (Beaudant, Lerebours Pigeonnière et (Voin, Les biens, No. 540 ; Marty et Raynaud, No. 291).

وهذا هو الرأى الذى يقف عنده الفقه المصرى كذلك

على أن هذا الفقه قد اختلف في كيفية استنباط حق المرور الاتفاقي من التصرف القانونى . فالبعض يسنده الى الالتزام بالضمان المترتب على التصرف أو الى الالتزام بتسليم المبيع وملحقاته إذا ما كان التصرف بيعاً (في هذا المعنى : محمد على مرفعة ، بند ١٣٦ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢٣٤٣ . ولكن هذا الأساس ان استقام في حالة أو أكثر فهو لا يستقيم في الأحوال الأخرى . فإذا كان التصرف بيعاً مثلاً باع به المالك الجزء المتصل بالطريق العام واحتفظ لنفسه بالجزء المحبوس ، أو كان المالك قد باع الجزئين لمشتريين مختلفين ، فلا يمكن القول بأن المشتري الجزء المتصل بالطريق العام يلتزم نحو البائع أو المشتري الآخر بالضمان أو التسليم (في هذا المعنى ، منصور محمد منصور ، بند ٣٥) .

وذهب البعض الآخر الى أسناد الحق الاتفاقي في المرور الى الإرادة الضمنية أو المفترضة للتصرف (حسن كيرة ، بند ٧٢ ، محمد كامل مرسى ، ج ١ ، بند ٢٣٧) . ولكن الواقف أن لا يجب اللجوء الى الإرادة الضمنية إلا إذا أمكن بالفعل استخلاص إرادة حقيقية وهو مالا يتوافر بالطبع في جميع الأحوال ، أما الإرادة المفترضة فهي إرادة القانون .

وذهب البعض الآخر الى الاستناد الى نص المادة ١٤٨/٢ التى تقضى بأنه « ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقدين بما ورد فيه . ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » . فالصرف الذى أدى الى تجزئة العقار يولد التزاماً على

كذلك عنت المادة ٨١٢ بتحديد المرور بنصها على أنه يكون « بالقدر اللازم لاستغلال (الأرض المحبوسة) واستعمالها على الوجه المألوف » . فالمرور يكون اذ بالقدر اللازم للاستثمار المعدة له الأرض المحبوسة . ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا المرور على سطح الأرض ، أو في باطنها عن طريق انشاء نفق أو مد أنابيب للمياه والغاز ، أو في الفضاء الذي يعلوها بمد أسلاك تمر عليها القاطرات اللازمة لاستثمار محجر قائم في أحد الجبال مثلا .

فاذا تعين الممر بالاتفاق أو بحكم القاضى على النحو السابق ، ولم يستعمله مالك الأرض المحبوسة مدة خمس عشرة سنة ، سقط حقه في استعماله ، وتعين عليه ان أراد ممارسة حقه في المرور القانونى طلب تعيين ممر جديد مقابل تعويض جديد (١) .

٧٢ - واذا كان نطاق حق المرور القانونى يتحدد ، على النحو السابق اتفاقا أو قضاء ، الا أنه قد يتحدد عن طريق الحيازة . فقد لا ينتظر مالك الأرض المحبوسة هذا الاتفاق أو القضاء ويقوم مباشرة بالمرور في أرض مجاورة . في هذه الحالة يكون لمالك هذه الأرض الأخيرة أن يطلب الى

عائق صاحب الجزء المتصل بالطريق العام باتشاء حق ارتفاق بالمرور للجزء المحبوس ولو ام يرد فيه شرط صريح أو ضمنى ، باعتباره من مستلزماته (اسماعيل غانم ، بند ٥٩ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٣٥) . ولكن هذا الراى لا يسلم هو الآخر من النقد الذى يوجه الى الاراء الأخرى . فهو اذا كان يستقيم في كثير من الحالات ، الا أنه لا يستقيم في حالات أخرى ، وعلى الأخص اذا ما نص صراحة في التصرف القانونى الذى ترتبت عليه تجزئة العقار على أنه ليس للجزء المحبوس عن الطريق العام المرور في الاجراء الآخر ، اذ كيف ينص التصرف على حرمان صاحب الجزء المحبوس ويمكن مع ذلك اسناد الحق في المرور الى هذا التصرف ؟ ان المادة ٢/١٤٨ لا تنطبق بداهة الا عند عدم وجود شرط في التصرف القانونى والواقع أنه لا مناص من التسليم بان الحق في المرور في حالة الاتحباس المترتب على تجزئة العقار هو مرور قانونى طبقا للمادة ١/٨١٢ ، ويأخذ كل احكام هذا المرور دون المرور الاتفاقى ، وأن المادة ٢/٨١٢ تقتصر على مجرد التعديل في احكام المادة ٢/٨١٢ فيما يتعاق بتحديد الاماكن الذى يتم فيها المرور . وهذا بعد هو ما توحى به المذكرة الايضاحية لمشروع التنتين المدنى ، فقد جاء في هذه المذكرة تعليقا على هذا النص « قرر المشرع ايضا تقييدا عادلا لحق المرور يقضى بأنه اذا كان الحبس عن الطريق العام ناشئا عن تجزئة عقار .. »

(١) اسماعيل غانم ، بند ٥٦ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ٧٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٢٣ .

القضاء لقل المرور الى أرض أخرى من الأراضي المجاورة ان كان المرور فيها أخف ضررا ، وأن يطلب تعيين موضع آخر للمرور في أرضه يكون أخف ضررا من الموضع الذي اختاره مالك الأرض المجبوسة ، وأن يطلب قصر المرور على ما يلزم لاستعمال الأرض المجبوسة واستثمارها على الوجه المألوف ان كان المرور الذي يمارسه مالك الأرض المجبوسة يجاوز هذا الحد . فان سكت عن المطالبة بما يكون له من ذلك واستمر مالك الأرض المجبوسة يستعمل حقه في المكان الذي اختاره وبالطريقة التي اعتادها مدة خمس عشرة سنة ، ثبت حقه في المرور في الموضع الذي اختاره وبالطريقة التي مارسه بها بإجماع الفقه ^(١) ، وان ثار الخلاف بعد ذلك على تبرير هذا الحكم .

ومرجع هذا الخلاف ، أن حقوق الارتفاق القانونية ، كما هو معروف ، لا تكسب بالتقادم . لذلك ذهب البعض في سبيل التخلص من هذه الصعوبة الى القول بأن الذي يكتسب بالتقادم في هذه الحالة هو موضع المرور وطريقته وليس حق المرور في ذاته ^(٢) . وذهب البعض الى أن ثبوت حق مالك الأرض المجبوسة يرجع الى سقوط حق مالك الأرض التي يباشر عليها المرور في الاعتراض ^(٣) . وذهب البعض الثالث الى أن الذي يثبت لمالك الأرض المجبوسة ليس هو الحق القانوني في المرور وانما هو حق ارتفاق جديد يخضع لأحكام الارتفاق الاتفاقي فلا يزول بزوال الانحباس ^(٤) .

(١) انظر في هذا المعنى نقض مدني ١٣/٢/١٥٨ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٩ ، ص ٢١٢ ،

نقض مدني ١٩٦٢/٤/٢٨ ، مجموعة أحكام النقض ص ١٢ ، رقم ٩٢ ، ص ٥٥١ .

(٢) محمد علي عرفه ، ج ١ ، بند ٢٢٤ ، محمد كامل مرسي ، ج ١ ، بند ٣٢٨ .

(٣) حسن كيرة ، بند ٧٢ وه ١ ص ٢٣٠ ، أسماعيل غاتم ، بند ٥٧ ، عبد المنعم نمرج الصدة ، بند ٧٧ ، السنهوري بند ٤٧١ .

(٤) شفيق شحاته ، بند ٣٦٤ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢٣٧ .

وهذا الرأي هو الذي اخذت به محكمة النقض الفرنسية (انظر :

Req. 27/12/1904, D.P. 1905, 1, 74, s. 1904, 1, 246 ; Civ. 20/2/1922, D.P. 1925, 1, 80.

Tolin et Capitain, op. cit., No. 1017.

وانظر في هذا الرأي :

ويذهب استاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور ^(١) الى ضرورة بحث كل حالة على حدة لمعرفة ما اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد باشر حقه في المرور في الحدود التي رسمها المشرع بنص المادة ١/٨١٢ ، أو أنه تجاوز هذه الحدود . فاذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد باشر حقه في الحدود التي رسمها المشرع يبقى حقه مرورا قانونيا وفقا لنص المادة المذكورة ، ويفسر عدم اعتراض مالك الأرض التي باشر عليها المرور بعدم وجود محل للاعتراض . أما اذا كان صاحب الأرض المحبوسة قد تجاوز في مباشرته لحقه الحدود التي رسمها المشرع ، فلا يمكن اعتبار حقه في المرور حقا قانونيا ، سواء قلنا انه اكتسب موضع المرور وطريقته بالتقدم لأن التقدم يرد على الحقوق العينية ولا يرد على موضع وطريقة المرور بغير نص ، أو على أساس سقوط حق مالك الأرض التي يباشر عليها المرور في الاعتراض لأن المرور قد تم بالمخالفة للحدود التي رسمها المشرع للمرور القانوني ، ويتعين اعتبار حق المرور في هذه الحالة مرورا مكتسبا بالتقدم لا يخضع لأحكام المرور القانوني وانما يخضع لأحكام المرور المكتسب بالاتفاق .

على ان اكتساب الحق في ممارسة المرور في مكان معين وبطريقة معينة بالتقدم المكتسب لا يكسب الحق في المرور ذاته بالتقدم ، بحيث اذا زال الانحباس ، على النحو المتقدم ، انقضى هذا الحق في ذاته .

مقابل المرور :

٧٣ - لا يثبت حق المرور دون مقابل وانما نظير تعويض عادل ^(٢) . وهذا ما نصت عليه المادة ١/٨١٢ . والتعويض العادل هو ما يقابل

(١) بند ٢٢ .

(١) راجع في هذا الشأن جلال العدوي في رسالته ، بند ٢٩٠ ، حيث يرى في حق المرور التزاما قانونيا بالمعاوضة .

ما ترتب على المرور في أرض الجار من ضرر ، دون نظر الى مدى النفع الذي عاد على الأرض المحبوسة من اتصالها بالطريق العام ، ويتم تحديده بالاتفاق أو عن طريق القضاء . ولم يشترط التقنين المدني الجديد أن يدفع التعويض مقدما . وعلى ذلك فللمحكمة عند عدم الاتفاق أن تعين طريقة دفع التعويض . فقد ترى وجوب دفعه مقدما ، وقد ترى دفعه على أقساط دورية متجددة أو غير متجددة . ويكون لمالك الأرض التي تقرر عليها المرور أن يمنع مالك الأرض المحبوسة من المرور اذا امتنع عن دفع ما يستحق من التعويض ، تطبيقا للقواعد العامة في الحبس .

ويسقط الحق في المطالبة بتقرير التعويض بمضى خمس عشرة سنة تبدأ من وقت ممارسة المرور اذا لم يكن قد تحدد قضاء أو اتفاقا . أما اذا كان التعويض قد تحدد فيسقط الحق في المطالبة به بمضى خمس عشرة سنة من وقت استحقاقه اذا كان واجب الدفع جملة واحدة ، أو من وقت استحقاق كل قسط . بالنسبة لهذا القسط — اذا كان الدفع واجبا على أقساط دورية غير متجددة . وأما اذا كان المبلغ واجب الدفع على أقساط دورية متجددة فيسقط الحق في المطالبة بكل قسط بمضى خمس سنوات من وقت استحقاقه أيضا .

ب — حقوق الري والصرف الزراعي :

٧٤ — اذا كان الانحباس عن الطريق العام انحباسا كلياً أو جزئياً هو ، كما رأينا ، الواقعة المسببة لحق المرور ، فإن الانحباس عن مورد المياه أو مصرفها هو ما يجب أن يرى فيه الواقعة المسببة لحقوق الشرب والمجرى والمسيل ^(١) . فقد نصت المادة ١٦ من قانون الري والصرف رقم ٦٨ لسنة ١٩٥٣ على أنه « اذا رأى أحد ملاك الأطيان أنه يستحيل

(١) جلال العدوي في رسالته ، بند ٢٨٥ وما بعده .

أو يتعذر عليه رى أرضه ريا كافيا أو صرفها صرفا كافيا إلا بإنشاء مسقاة
أو مصرف موجود في أرض الغير وتعذر عليه التراضى مع أصحاب الأرض
ذوى الشأن .. فيرفع شكواه الى مفتش الرى » .

ومؤدى ذلك أنه يجب لقيام مثل هذه الحقوق استحالة أو تعذر رى
الأرض أو صرفها ريا أو صرفا كافيا إلا بتقريرها . ونعرض فيما يلى لشروط
قيام كل من هذه الحقوق على ضوء أحكام القانون المدنى مكمله بأحكام
قانون الرى والصرف .

حق الشرب :

٧٥ - تنص المادة ٨٠٨/١ على أن « من أنشأ مسقاة .. (خاصة)
طبقا للوائح الخاصة بذلك ، كان له وحده حق استعمالها » . غير أن
المشرع يحد من سلطة المالك المطلقة فى الاستئثار بمسقاته بإعطاء الملاك
المجاورين حق الشرب عليها لتمكينهم من رى أراضيهم منها . فقد نصت
المادة ٨٠٨/٢ على أنه « يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة
(الخاصة) .. فيما تحتاجه أراضيهم من رى .. بعد أن يكون مالك
المسقاة .. قد استوفى حاجته منها .. وعلى الملاك المجاورين فى هذه
الحالة أن يشتركوا فى نفقات إنشاء المسقاة .. وصيانتها بنسبة مساحة
أراضيهم التى تنتفع بها » .

فالترع العامة لكل مالك الاستفادة منها وفقا للوائح الخاصة بذلك .
أما المسقاة الخاصة فالأصل أن لصاحبها وحده حق الاستفادة منها ، ما لم
تتوافر شروط المادة ٨٠٨/٢ . ومن الواضح أن شرط الاستفادة من المسقاة
الخاصة هو الجوار . ولكن المشرع لم يحدد المقصود بالجوار ، هل هو
جوار المسقاة أم جوار الأرض التى توجد بها . وقد ذهب البعض الى أن
المقصود هو جوار المسقاة فقط ، فلا يكفى جوار الأرض الموجودة بها

لثبوت حق الشرب ، تأسيسا على أن حق الشرب حق استثنائي ورد على خلاف الأصل فيجب عدم التوسع في تفسيره ^(١) . وذهب البعض الآخر الى أن المقصود هو جوار الأرض ، تأسيسا على أن لفظ الجوار ورد مطلقا في النص ومطلق الجوار يتحقق بجوار الأرض التي تخترقها المسقاة ، فضلا عن أن هذا التفسير يتفق وحاجات الري الزراعي ^(٢) . ويلاحظ أن إعادة الأرض المجاورة للأرض التي بها المسقاة من حق الشرب الذي يثبتها لها هذا الرأي الأخير يقتضي حصول مالكتها على حق المجرى لمرار المياه من المسقاة الى أرضه عبر الجار كما سنرى . ويلاحظ كذلك أن المادة ١٦ من قانون الري والصرف قد أغفلت حتى شرط الجوار ، فضلا عن شرط ملاصقة أرض الجار لمسقاة المالك ذاتها ، مكتفية بالانحباس عن مورد المياه .

وطبقا للمادة ١٦ من قانون الري والصرف ، على طالب الحصول على حق الشرب ، اذا لم يستطع التراضي على ذلك مع مالك المسقاة ، أن يتقدم بطلب الى مفتش الري الذي يفصل فيه بعد التحقق منه وفقا للإجراءات التي تحددها المادة المذكورة . ويكون قرار مفتش الري في هذا الشأن خاضعا لرقابة القضاء الإداري ^(٣) .

وقد فرض المشرع على أصحاب الحق في الشرب ، المساهمة في نفقات انشائه والاشتراك في نفقات صيائه بنسبة مساحة أراضيهم المنتفعة بالمسقاة (م ٢/٨٠٨) . والمقصود بنفقات الانشاء ، نفقات شق المسقاة وحدها ، وليس ثمن الأرض التي شقت فيها أو قيمة الانتفاع بها . لذلك فتبقى

(١) حسن كبره ، بند ٦٧ .

(٢) تطبيق شحانه بند ٣٧١ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ٣٥٤ ، اسماعيل غاتم ، بند ٥١ ، عبد المنعم فرج الصدة بند ٦١ ، منصور مصطفى منصور بند ٢٧ ، السنهوري بند ٤٤٦ . وقد مدل مشروع التقنين المدني الجديد النص المقابل للمادة ٢/٨٠٨ بما يتفق مع هذا الرأي .

(٣) السنهوري بند ٤٤٨ ، محمد على عرفة ، بند ٢٢٢ وما بعده .

المسقاة ملكا خالصا لصاحبها دون أن يترتب على انتفاعهم بها الاشتراك في ملكيتها ، وهذا ما يفسر تقييد المشرع حقهم في الاستفادة من المسقاة بأن يكون المالك قد استوفى حاجته منها أولا . ويلاحظ البعض أنه ما دام أن ملكية المسقاة تبقى خالصة للمالكها وان له الاستفادة منها بالأولوية على أصحاب حق الشرب ، فلا يكون هناك معنى لالزام هؤلاء بالاشتراك في نفقات انشاء المسقاة ، وكان يجب الاقتصار على الزامهم بالاشتراك في نفقات الصيانة . وطبقا للمادة ٧٧ من قانون الري والصرف تقوم بتقدير التعويض - عند عدم الاتفاق عليه - لجنة بينت هذه المادة تشكيلها . ويكون قرار هذه اللجنة خاضعا لرقابة القضاء الإداري^(١) . وقد نص قانون الري والصرف على أنه لا يحق للملاك المجاورين استعمال المسقاة الا بعد أداء ما يجب عليهم من نفقات (م ١٨) .

حق المجرى :

٧ - قد تكون الأرض المراد ريها بعيدة عن مورد المياه ، بحيث يتحتم مرور المياه اليها في أرض الجار والا حكم عليها بالموات . وقد واجهت المادة ٨٠٩ هذه الصورة بنصها على انه : « يجب على مالك الأرض ان يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه بشرط ان يعوض عن ذلك تعويضا عادلا »

يقصد بحق المجرى اذن مرور المياه لري أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر . فيشترط لثبوت هذا الحق أن تكون الأرض بعيدة عن مورد المياه ، سواء آكان هذا المورد هو النيل أم ترعة عامة أم مسقاة خاصة . فاذا كان المورد هو النيل أو ترعة عامة ، فيجب على مالك الأرض التي يراد امرار المياه اليها أن يحصل على الترخيص

(١) انظر في هذا الصدد : السنهوري جلد ٤٤٨ و ١ ص ٧٢٢ وما بعدها .

اللازم من وزارة الأشغال لأخذ المياه من التربة العامة ، اذ لا معنى لثبوت حق المجرى طالما لم يكن للمطالب به حق أخذ المياه ذاتها . واذا كان المورد مسقاة خاصة مملوكة للغير ، فيجب أيضا أن يكون لمالك الأرض المراد ربيها حق أخذ المياه من المسقاة الخاصة ، اما بمقتضى حق الشرب المنصوص عليه في المادة ٨٠٨ واما بمقتضى اتفاق بينه وبين المالك .

ولا يشترط لثبوت حق المجرى أن تكون المياه المراد تمريرها منها ضرورية لرى أرضه ، بل يكفي أن تكون مطلوبة لريها ريا كافيا على حد تعبير المشرع . فيثبت حق المجرى ولو كان هناك سبيل آخر لرى الأرض ، لكن هذا السبيل غير كاف ، كبئر مثلا .

وقد قرر القانون لمالك الأرض المقام عليها المجرى الحق في تعويض عادل مقابل تعطيل الأرض المقام عليها المجرى . ويلاحظ أن اجراءات الحصول على هذا الحق وتقدير التعويض تخضع لنفس القواعد التي نص عليها قانون الرى والصرف بصدد حق الشرب ^(١) . ووفقا للمادة ١٨ من قانون الرى والصرف لا يباشر صاحب حق المجرى حقه في امرار المياه الا بعد أداء التعويض .

حق المسيل او الصرف :

٧٧ - يقصد بحق المسيل أو الصرف ، الحق في اسالة المياه الزائدة عن حاجة الأرض الزراعية في المصارف الخاصة المملوكة للغير أو في المصارف العامة عبر أرض الغير . وقد نصت المادة ٨٠٨/٢ على أنه :

(١) قضت محكمة النقض بأن حق المجرى لا يتقرر لمجرد ما أوجبه القانون على ملك الأرض من السماح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لرى الأرض البعيدة عن مورد المياه ، وانما يجب لذلك أن يتقدم صاحب هذه الأرض - اذا تعذر عليه الاتفاق مع المالك - بطلب الى المحكمة أو جهة الإدارة المختصة لتقرير هذا الحق وبيان كيفية ممارسته وتحديد المقابل الذى يدفع منه (نقض مدنى ١١/١١ ١٩٦٥ ، مجموعة احكام النقض ، رقم ١٦٢ ، ص ١٠٤٣) .

« يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المصرف (الخاص) فيما تحتاجه أراضيهم من ... صرف ، بعد أن يكون مالك المصرف قد استوفى حاجته ... وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات انشاء ... المصرف ، و ... (صيانة) بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع ... به » ، كما نصت المادة ٨٠٩ على أنه : « يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه مياه الصرف الآتية من الأراضي المجاورة لتصب في أقرب مصرف عمومي بشرط أن يعوض عن ذلك تعويضا عادلا » .

يتضح من هذه النصوص أن حق المسيل أو الصرف الزراعي يشمل حالتين تقابلان حق الشرب وحق المجري بالنسبة للمري .

١ - فحق الصرف في المصرف الخاص المجاور ، مقابل الاشتراك في نفقات انشاء المصرف وصيافته ، يقابل حق الشرب ، وقد ورد حكمه في المادة ٨٠٨ . على أنه يلاحظ أن المقصود بالجوار هنا بالاجماع هو جوار المصرف ذاته لا مجرد جوار الأرض الموجود بها . وهذا واضح لدى من يشترطون جوار المسقاة لثبوت حق الشرب ، أما من يثبتون حق الشرب في حالة جوار الأرض المراد ريها للأرض الموجودة بها المسقاة فيعللون اشتراط جوار الأرض المراد صرف المياه الزائدة عنها بالمصرف الخاص لهذا المصرف بأن المشرع لم يقرر حق اسالة المياه بالأراضي المجاورة (الحالة الثانية) الا لكي تصب في أقرب مصرف عمومي بحيث لا يجوز اسالتها لكي تصب في مصرف خاص يملكه الجار في أرضه اذا كان هذا المصرف غير ملاصق للأرض التي يراد اسالة المياه فيها .

٢ - وحق اسالة مياه الصرف من أرض بعيدة عبر أرض الجار لتصب في المصرف العمومي ، مقابل تعويض عادل لمالك الأرض التي تعبرها المياه ، يقابل حق المجري . وقد ورد حكمه في المادة ٨٩٠ . على أن حق الصرف

في هذه الحالة يختلف عن حق المجرى ، في أن حق الصرف قاصر على الحالة التي يكون المقصود فيها اسالة المياه الى مصرف عمومى ، بينما حق المجرى يثبت أيا كان مورد المياه مسقاة خاصة أو ترعة عامة .

وتخضع اجراءات الحصول على حق المسيل وتقدير التعويض فيه لنفس القواعد التي نص عليها قانون الرى والصرف ، والسابق الاشارة اليها بصدد حق المجرى .

احكام عامة في التزامات المنتفعين بحقوق الشرب والمجرى والمسيل او الصرف :

٧٨ ب - وضع القانون على عاتق المنتفعين بهذه الحقوق عدة التزامات تكفل عدم الاضرار بالأرض المحملة بها ، وتضمن تحقيق الغرض من تقريرها وهو رعاية الاستثمار الزراعى . فقد نصت المادة ٨١٠ من القانون المدنى : « على آله اذا أصاب الأرض ضرر من مسقاة أو مصرف يمر بها ، سواء أكان ذلك ناشئا عن عدم التطهير أو عن سوء حالة الجسور فان لمالك الأرض أن يطلب تعويضا كافيا عما أصابه من ضرر » . فهذه المادة تقرر التزام المنتفعين بالتعويض عما يترتب على عدم تطهير المسقاة أو المصرف أو عن سوء حالة جسورها من ضرر .

كذلك نصت المادة ٨١١ من القانون المدنى على أنه : « اذا لم يتفق المنتفعون بمسقاة أو مصرف على القيام بالاصلاحات الدورية ، جاز الزامهم بالاشتراك فيها بناء على طلب أى واحد منهم » . فهذه المادة تقرر التزام المنتفعين بالاشتراك فيما تحتاجه المسقاة أو المصرف من اصلاحات ضرورية . وقد أجازت المادة ١٢ من قانون الرى والصرف لتفتيش الرى اجراء هذه الاصلاحات وتحصيل النفقات اللازمة بالطرق الادارية ، بعد تكليف ذوى الشأن بالقيام بها فى موعد معين وتأخرهم عن ذلك .

٢ - الارتفاقات القانونية السلبية

٧٩ - الأصل أن للمالك أن يبنى على أرضه حتى حدود ملكه . غير أن مصلحة الملاك المتجاورين أنفسهم تقتضى فرض قيود متبادلة على كل منهم اذا ما أراد عمل فتحات فى بنائه ، توفيراً لحرية الآخرين فى التمتع بملكهم . هذه القيود تختلف باختلاف ما اذا كان المقصود بالفتحات مجرد التهوية والاضاءة دون النظر ، وتسمى المناور ، وما اذا كان مقصودا بها النظر ، وتسمى المطلات .

المناور :

٨٠ - فالمناور يقصد بها الفتحات التى تسمح بمرور الهواء والضوء دون النظر من خلالها الى عقار الجار ، لارتفاعها عن قمة الانسان العادية . مثل هذه الفتحات لا ترتب اذى للجار ، ومن ثم يجوز فتحها فى بناء مبنى على حافة ملك صاحبه دون التقيد بمسافة معينة ، وهو ما نصت عليه المادة ٨٢١ من القانون المدنى بقولها « لا يشترط أية مسافة لفتح المناور ، وهى التى تعلو قاعدتها عن قمة الانسان المعتادة ، ولا يقصد بها الا مرور الهواء وتقاذ النور ، دون أن يستطاع الاطلاع منها على العقار المجاور » . وقد رأى المشروع الجديد للتقنين المدنى تحديد ارتفاع قاعدة المناور بمترين ، لأن هذا التحديد أكثر انضباطا من معيار قمة الانسان المعتادة الذى تتخذه المادة ٨٢١ من التقنين الحالى .

ولما كانت المناور على هذا النحو لا تتضمن تعديا على ملك الجار ، وانما تعتبر رخصة من الرخص التى تخولها للمالك ملكيته ، فان مالك

البناء لا يكتسب حق ارتفاع بها عن طريق الحيازة مهما طالت مدة فتحها ،
اذ الحيازة تفترض التعدي على ملك الجار ولا تقوم على عمل يأتيه
شخص على أنه رخصة من المباحات (٩٤٩ م) ، ومن ثم يكون دائماً
للجار أن يبنى هو الآخر على حدود ملكه فيسد هذه المناور ^(١) .

ومن المفهوم أن فتح المناور يخضع للقيود العام على الحقوق كافة من
عدم التعسف في استعمالها . فإذا تعسف صاحب البناء الموجود فيه
النور في استعماله لهذا النور ، بأن اعتاد اعتلاء ما يمكنه من الاطلاع منه
أو القاء مخلفاته منه لتسقط في ملك الجار ، جاز للجار المطالبة بسده
رغم توافر الارتفاع القانوني فيه .

المطلات :

٨١ - والمطلات يقصد بها الفتحات التي تسمح بالنظر من خلالها الى
الخارج ، كالنوافذ والشرفات ، لكونها تحت مستوى قمة الانسان
العادية . مثل هذه الفتحات تسبب مضايقات للجار ، ومن ثم اشترط
القانون لفتحها أن يكون البناء المراد فتحها فيه يتعد عن ملك الجار
مسافة معينة . هذه المسافة تختلف بالطبع باختلاف ما تسمح به من نظر
على ملك الجار . فإذا كان المطل مواجهاً لملك الجار بحيث يسمح بنظر
مباشر اليه ، اشترط لفتحها أن تكون على بعد مسافة متر كامل من ملك
الجار . وإذا كان المطل منحرفاً عن ملك الجار ، بحيث يستلزم الالتفات
أو الانحناء للنظر اليه ، اشترط أن يكون على بعد مسافة نصف متر من
ملك الجار . وتحسب المسافة في الحالين ابتداء من ظهر الحائط المفتوح

(١) محمد كامل مرسي ، بند ٢٨٦ ، شفيق شعاعه ، بند ١١٩ ، محمد علي عرفه ، بند ٢٥٦
والاحكام المشار اليها من ٢٢٢ هـ ٢ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ٩٩ ، عبد المنعم نرج
الصدده ، بند ٩٦ ، حسن كيره ، بند ٨٦ ، السنهوري ، بند ٤٨١ ،

Aubry et Rau, T. 2, No. 196 ; Marty et Raynaud, No. 281.

فيه المظل ، أو من حافة الشرفة أو الخارجة ، الى الحد الفاصل لملك الجار .
وقد نصت المادة ٨١٩ من القانون المدني الجديد على المظل المواجه
بقولها : « لا يجوز للجار أن يكون له على جاره مظل مواجهه على
مسافة تقل عن متر ، وتقاس المسافة من ظهر الحائط الذي فيه المظل ،
أو من حافة الشرفة أو الواجهة » . وقد نصت المادة ٨٢٠ على المظل المنحرف
بقولها : « لا يجوز أن يكون للجار على جاره مظل منحرف على مسافة
تقل عن خمسين سنتيمترا من حرف المظل » .

ويستوى في شأن قيام هذه القيود أن يكون ملك الجار بناء
أو أرضا زراعية ، كما أنه لا عبء باتساع المظل أو بنوع البناء الذي
يفتح فيه ، حتى ولو كان مجرد سور يحيط الملك ^(١) .

وفتح المالك مطلا مع مراعاة المسافة القانونية لا يمنع الجار من البناء
على حدود ملكه طالما لم يتم بفتح مظل في بنائه على الملك الآخر .

ومن البديهي أنه يجوز فتح المجلات دون مراعاة التقيد بالمسافات
القانونية اذا كانت مفتوحة على الطريق العام ، حتى ولو كان المظل
منحرفا بحيث يطل في نفس الوقت على ملك الجار . فالطريق العام
مخصص للمنفعة العامة بما يمكن الكافة من الاطلاع عليه . وقد نصت على
ذلك صراحة المادة ٨٢٠ الخاصة بالمظل المنحرف بقولها : « ولكن يرتفع

(١) في هذا المعنى حسن كبره بند ٧٦ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ٩٤ ، منصور
مصطفى منصور ، بند ٣٧ .

وفي رأي آخر لا محل للتقيد بالمسافة القانونية اذا كان ملك الجار محوطا بسور اسم
لامتناع النظر الى ملك الجار ، حتى اذا ما هدم السور أمكن للجار المطالبة بسد المظل .
ينظر في هذا الرأي : اسماعيل غانم ، بند ٤٦ محمد علي عرفة ، بند ٢٥٦ ، شفيق شحاته ،
بند ٢٢٨٢ ، السنهوري ، بند ٤٧٧ . وانظر في نقد هذا الرأي : منصور مصطفى منصور
هـ ١ ص ٩٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن تحريم البناء على أقل من المسافة القانونية لا ينظر فيه الى
كون اللقاء على أقل من المسافة القانونية يحدث ضررا بالفعل أو لا يحدث ذلك (نقض مدني
١٩٤٨/١/١٥ ، مجموعة صر ، ٥ ، رقم ٢٥٨ ص ٥٢١) .

هذا الحظر اذا كان المظل المنحرف على العقار المجاور هو في الوقت ذاته
مظل مواجه للطريق العام » •

فاذا فتح المظل دون مراعاة للمسافة القانونية كان للجار أن يطلب
سده • ولكن يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يكتفى بتحويله الى منور
بسد الجزء الأسفل منه ، بحيث تصبح قاعدته أعلى من قمة الانسان ،
اذ المناور ، كما سبق القول ، لا يشترط في فتحها التقييد بمسافة
معينة •

على أنه يراعى أنه اذا فتح المظل دون تقييد بالمسافة القانونية واستمر
هذا الوضع مدة خمس عشرة سنة ، اكتسب المالك بذلك حق ارتفاع
بالمظل على ملك الجار • ويترتب على ذلك أنه لا يمكن سد المظل ،
ويتحتم على الجار أن يراعى المسافة القانونية عند البناء في ملكه أو فتح
مطلات فيه ، وذلك بأن يترك بينه وبين ظهر الحائط الموجود فيه المظل
المكتسب بالتقادم مسافة متر اذا كان بناؤه أصما ومترين اذا كان في بنائه
مطل ، في حالة كون المظل المكتسب بالتقادم مطلا مواجهها ، ونصف هذه
المسافة في حالة كون هذا المظل منحرفا • وقد نصت المادة ٨١٩/٢ على ذلك
بقولها : « واذا كسب أحد بالتقادم الحق في مظل مواجه لملك الجار على
مسافة تقل عن متر ، فلا يحق لهذا الجار ان يبنى على اقل من متر يقاس
بالطريقة السابق بيانها ، وذلك على طول البناء الذي فتح فيه المظل » •
وقد صرحت المذكرة الايضاحية بوجوب الاخذ بهذا الحل ايضا في المظل
المنحرف اذا ما كسب بالتقادم •

ولكن يشترط لذلك بالطبع ان يتضمن فتح المظل معنى التعدي على
ملك الجار بتحويله عبئا استثنائيا بالمظل دون تقييد بالمسافة القانونية •
لذلك فانه اذا كان فتح المظل دون تقييد بالمسافة القانونية على حائط أصم
أو أرض فضاء أو بناء مملوك لقريب ، فان صاحب المظل لا يكتسب حق

ارتفاق بالمطل مهما طالت المدة ، لأن فتح المظل في هذه الظروف يحمل محل التسامح أو العفو من جانب الجار وليس وليس محل التعدي .

المبحث الثاني

نطاق الملكية والمصلحة العامة

٨٢ - اذا كانت الوظيفة الاجتماعية للملكية تقتضى تطويع سلطات المالك لمتقضيات المصالح الخاصة المشروعة ، كما رأينا ، فانها - من باب أولى - تقتضى تطويع هذه السلطات لمتقضيات المصلحة العامة . بل ان هذا الميدان الأخير ينكمش فيه نطاق سلطات المالك - فردا كان أو شخصا من أشخاص القابون العام أو مشروعا عاما - كصاحب حق ذاتي ، وتصل فيه الوظيفة الاجتماعية للملكية الى منتهاها . وفي هذا الميدان أيضا يظهر القانون العام بتنظيماته الادارية المختلفة فيطبع الملكية بطابع جديد غير مألوف في أنظمة القانون المدني ، بمعناه التقليدي ^(١) . وقد أشارت المادة ٨٦٠ من القانون المدني الى هذه التنظيمات عندما نصت على أنه : « على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقتضى به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة ... »

ومهما تنوعت تطبيقات الوظيفة الاجتماعية للملكية في هذا الشأن فانه يمكن ردها الى قيود يفرضها حسن أداء الخدمات العامة التي يضطلع بها المجتمع قبل أفرادها ، وهي ما يعرف في بعض الأحيان بارتفاقات المصلحة العامة أو الارتفاقات الادارية ، وأخرى تتعلق بالمحافظة على الثروة القومية وتنميتها .

Marty et Raynaud, op. cit., No. 299

(١)

- المطلب الأول : نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة .
- المطلب الثاني : نطاق الملكية والثروة القومية .

المطلب الأول

نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة

٨٣ - تتعدد القيود المفروضة على سلطان المالك وتشعب في التشريعات واللوائح المختلفة الى درجة يصعب معها حصرها أو تصنيفها. ومن أمثلة هذه القيود القيود المتعلقة بالبناء ، كضرورة الحصول على ترخيص بالبناء وضرورة مراعاة مواصفات معينة في بعض المباني (كالمباني المعلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة ، ومباني العزب والآلات التجارية) ، وقواعد تقسيم الأراضي المعدة للبناء ، والقيود المفروضة على المباني المتصلة بالطريق العام ، والقيود المتعلقة بالصحة العامة كردم البرك والمستنقعات ، والقيود المتعلقة بنقل القوى المحركة أو بالمواصلات التليفونية والبرقية ، كالسماح بمد أسلاك الكهرباء وأنايب البترول والغاز وأسلاك التليفون والتلغراف ، والقيود الناشئة عن جوار بعض الأماكن المعينة ، كما في منع الملاك المجاورين للأماكن العسكرية من إقامة مبان على مسافة معينة وفي تقييد ارتفاع المبنى في مناطق رؤية الفئارات وعلامات الملاحة الأخرى ، والقيود المتعلقة بالأشغال العامة ، كالاستيلاء المؤقت على عقارات الأفراد الخ ^(١) .

ويتضح مما تقدم أن هذه القيود - على تنوعها - اما أن تقتصر على تقييد المالك في الانتفاع بملكه فتأخذ طابعاً سلبياً ، كمعظم القيود المتعلقة بالبناء ، واما أن تتجاوز ذلك الى إلزام المالك بعمل معين فتأخذ طابعاً إيجابياً كما في ردم البرك والمستنقعات ، واما أن تصل الى حد

(١) في محاولة تعداد هذه القيود وتصنيفها ، انظر محمد كامل مرسى ، بند ٢٢١ وما بعده

وانظر أيضاً لنفس المؤلف

De l'étendue du droit de propriété en Egypte, op. cit., p. 153 et ss.

تغويل الادارة الحق في استخدام الشيء المملوك ، كما في الاستيلاء المؤقت (١) .

٨٤ - وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذه القيود . فنصوص القانون الفرنسى تخلع عليها وصف الارتفاقات . ولكن جانبا كبيرا من الفقه يرفض الاعتراف لها بهذه الصفة ، حتى من يسلم منه بها بالنسبة لقيود الملكية المفروضة للمصلحة الخاصة (٢) . فحق الارتفاق كما خلصنا اليه هو عبء يتقرر لصالح عقار معين على عاتق عقار آخر ، فيثقل العقار المرتفق به دون صاحبه ويقوم لصالح العقار المرتفق دون مالكه . وهذا التحديد لحق الارتفاق يباعد بينه وبين القيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة .

فالقيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة لا تفرض وجود عقار مرتفق ، اذ الفرض انها مفروضة للمنفعة العامة وليس لمصلحة عقار والمستفيد من هذه القيود هم الأشخاص العامة التي تفرض (٣) لصالحها أو حتى مجرد الأفراد العاديين في كثير من الأحيان (٤) .

والقيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة ان كانت تفرض بالفعل على عقار أو بمناسبته ، فانها مع ذلك تتضمن عنصرا شخصيا يخفف من طبيعتها العينية ويباعد بينها وبين حقوق الارتفاق . ويتمثل هذا العنصر في ارتباط القيد بشخص صاحبه بحيث لا يجوز له في الغالب من الأحيان التخلص منه بالتخلص من عقاره ، بعكس الحال في حقوق الارتفاق حيث يجوز دائما التخلص منها بالتخلي عن العقار المفروضة عليه .

(١) زهير جرائنة ، ص ٢٥٢ .

(٢) راجع في هذا الصدد : Marty et Raynaud, op. cit., No. 144 et 308.

(٣) محمد على عرفه ، بند ١٢ ، محمد كامل مرمى ، بند ٢٢٢ =

Marty et Raynaud, ibid.

(٤)

وتطبيقا لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية ^(١) - في حالة شخص أقام بناء دون الحصول على الترخيص اللازم - أن تجيب جارا الى طلب هدم البناء لأن « الارتفاقات الادارية » ليس لها من الأثر سوى الاجبار على مراعاة القواعد المتعلقة بالمصلحة العامة ولا تهدف الى خدمة العقار الذى قد يستفيد منها بصفة تبعية كنتيجة للمصلحة العامة التى تقوم عليها هذه الارتفاقات » .

ويذهب رأى آخر الى أن القيود المفروضة على الملكية للمصلحة العامة ان كانت لا تستحق كلها وصف حقوق الارتفاق فان منها ما يستحق فعلا هذا الوصف . ذلك أنه يجب التمييز فى هذا الصدد بين الأعباء التى تفرض على بعض العقارات لخدمة عقارات أخرى معينة من الأشياء العامة ، كالقيود المفروضة لخدمة الطرق العامة أو لخدمة بعض المرافق كالمناطق العسكرية ، وبين الأعباء التى تفرض على بعض العقارات لاعتبارات مختلفة من النفع العام دون أن ترمى الى خدمة عقار معين من الأشياء العامة ، كالاستيلاء المؤقت ^(٢) فالأولى وحدها يتوافر لها عناصر الارتفاق وتستحق وصف الارتفاقات الادارية ، أما الأخرى فلا تستحق هذا الوصف . ويذهب هذا الرأى الى أن انكار وصف الارتفاق على القيود المفروضة على الملكية العامة يرجع فى الواقع الى هذا الخلط بين الارتفاقات بالمعنى الدقيق وبين القيود الأخرى المفروضة للمصلحة العامة .

وأيا ما كان الرأى فان الاعتراف لقيود المصلحة العامة ، كلها أو بعضها ، بصفة الارتفاق ، من شأنه أن يعزز الحماية المقررة لها ، وأن يتيح

(١) الدائرة المدنية ٩ يونيو ١٩٥٦ مشار اليه فى Marty et Raynaud . ص ١٦٤

(٢) محمد زهير جرانه ، ص ٢١٧ وما بعدها .

للمستفيد منها بصفة خاصة التعويض عن التعدي عليها ، وممارسة الدعاوى العينية التي تحميها (١) .

٧٥ - وارتفاقات المصلحة العامة ، كما قلنا ، ذات طبيعة ادارية واضحة، حتى أنها تعرف أحيانا بالارتفاقات الادارية . هذه الطبيعة الادارية تظهر في انشائها كما تظهر في ممارستها . فعندما يقتصر القانون على تقرير انشاء ارتفاق معين للمصلحة العامة دون أن يحدد العقارات التي نخضع له أو دون أن يحدد آثاره ، فإن مثل هذا التجديد وذاك يصدر به قرار اداري، ومن ثم إذا ثار خلاف حول اجراءاته أو مدى مطابقتها للقانون فإن الفصل في هذا الخلاف يكون من اختصاص القضاء الاداري . كذلك فإن الذي يمارس الارتفاق من الناحية المادية هم أصلا الأشخاص الاعتبارية العامة فتكون المسؤولية التي قد تنتج عن أعمالها من اختصاص القضاء الاداري ما لم تكن هذه الأعمال من أفعال الغصب فتختص بها المحاكم القضائية وفقا للقواعد العامة .

وصفة المنفعة العامة للارتفاق تجعل هذا الارتفاق من النظام العام ،

(١) تنفرد الاشياء العامة - من حيث هي مخصصة للمنفعة العامة - بإمكان انتفاع الأفراد بها فيما هي مخصصة له . فكل من أصحاب العقارات المجاورة للطرق العامة مثلا الانتفاع بها في المثل عليها والمسبل فيها والنفاذ انيها ، ولكل مالك استعمال الترع العامة والانهار في رى أرضه وفقا للوائح الخاصة بذلك . ويثور التساؤل عما إذا كانت هذه الأوجه من الانتفاع بالاشياء العامة فيما هي مخصصة له من المنفعة العامة يعطى للأشخاص عليها حقوقا أم مجرد رخص ، وإذا كانت حقوقا فهل هي حقوق شخصية أم حقوق عينية يصح اعتبارها من قبيل حقوق الارتفاق . وقد استقر القضاء الفرنسي منذ البداية على اعتبار هذه المنافع من قبيل الحقوق ، وإن كان قد تطور من اعتبارها حقوقا عينية تخول التمتع في مواجهة الإدارة الى اعتبارها حقوقا من نوع خاص تتمتع بلامح الحقوق العينية دون سلطة التمتع ، الى اعتبارها أخيرا مجرد حقوق شخصية تتحول الى تعويض عند اخلال الإدارة بها (راجع في تحليل هذا القضاء : محمد زهير جرانه ، ص ٢٢٧ وما بعدها والمرجع المشار اليها فيه) . أما في مصر فقد ذهب القضاء المختلط الى اعتبار حق استعمال الترع العمومية حق ارتفاق وارد على شيء عام ، وعوض صاحبه على هذا الأساس عن ردم التربة العامة أو حبس المياه مؤقتا عنها ، ولكنه تردد في تكيف منافع التطرق من اعتبارها حقوق ارتفاق الى اعتبارها مجرد رخص لا يمكن التعويض من الأساس بها . وأما المحاكم الاهلية فقد رأت في منافع التطرق حقوقا ، إلا أنها تحاشت وصف هذه الحقوق أو تحديد طبيعتها (راجع الاحكام المشار اليها في محمد زهير جرانه ، ص ٢٦٢ وما بعدها) .

وتمنع امكان قيام استثناء عليه ، سواء بعمل منفرد من جانب الادارة أو بالاتفاق بينها وبين أصحاب الشأن ، ما لم يسمح بذلك نص القانون المنشئ للارتفاق ، على الخصوص فيما يتعلق بوعاء الارتفاق • وتعلق الارتفاق بالنظام العام هو الذى يفسر أيضا امتناع التخلص منه عن طريق التخلي عن العقار المتعلق به ، فى أغلب الأحيان •

المطلب الثانى

نطاق الملكية والثروة القومية

٨٦ - رأينا ماتمثلة الأشياء المختلفة من أهمية بالنسبة للمجتمع ، وكيف أن هذه الأهمية تقتضى منه فرض رقابة على استثمارها وتوزيع ناتجها أيا ما كان المالك لها • هذه الرقابة تبلغ أقصى مداها فى النظام الاشتراكى حيث يخضع الانتاج والتوزيع للتخطيط الشامل ، وحيث يخضع للخطة كل من الملكية العامة والملكيات الخاصة •

وتتمثل هذه الرقابة من ناحية فى تنظيم الانتاج بأنواعه المختلفة ، كما هو الحال فى تحديد المساحات التى تزرع من المحاصيل المختلفة وفى التدابير الوقائية للمحاصيل الزراعية من الآفات وفى تجميع الاستثمار الزراعى والدورة الزراعية ، كما تتمثل هذه الرقابة من ناحية أخرى فى تحديد علاقة المالك بغيره من مستأجرين وعمال وعملاء ، كما هو الشأن فى القوانين المتعلقة بامتداد الايجار بقوة القانون وتحديد الأجرة ، أو المحددة لأجر العامل وحقوقه المختلفة ، أو المتعلقة بتحديد أثمان السلع المختلفة • ولن نعرض لهذه التنظيمات المختلفة ، فبعضها يرد فى تشريعات متغيرة متفرقة يصعب تجميعها ، وبعضها محل دراسة تفصيلية فى أماكن أو فروع أخرى من فروع القانون ، كما هو الآن فى تشريعات

الايجار وفي تشريع العمل . ونكتفى في هذا الصدد ببيان مدى امتداد ملكية الأرض الى ما فوقها وما تحتها لتبين كيف اقتضت حماية الثروة القومية اتزاع بعض العناصر التي كان من المفروض أن تمتد اليها الملكية الفردية لتصبح ملكا للدولة .

امداد ملكية الشيء الى ثماره ومنتجاته وملحقاته :

٨٧ - اذا كان نطاق الملكية يتحدد بالشيء الواردة عليه ، فمن البديهي أن تمتد هذه الملكية الى كل عناصر هذا الشيء الجوهرية باعتبارها أجزاء من الشيء محل الملكية ، فيمارس المالك حقه عليها بناء على نفس السبب الأصلي للملكية . فمالك البناء مثلا يملك جميع الأجزاء المكونة له من جدران وأسقف وأرضيات وشبابيك وأبواب ... وقد نصت المادة ٨٠٣ من التقنين المدني على ذلك بقولها : « مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير » .

كذلك فان ملكية الشيء تمتد الى ثماره ومنتجاته وملحقاته . وقد عرفنا المقصود بالثمار والمنتجات . وتمتد الملكية الى الثمار بمقتضى سلطة الاستثمار ، وتمتد الى المنتجات باعتبارها أجزاء من الشيء الواردة عليه الملكية . أما الملحقات فيقصد بها بصفة عامة كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء أو للتمتع به على أي وجه كان ، طبقا لما تقضى به طبيعة الأشياء أو العرف . فاذا ما ثبتت ملكية الشيء لشخص معين كان ذلك قرينة على ملكيته لكل ثماره ومنتجاته وملحقاته . ولكن هذه القرينة تقبل اثبات العكس ، فيجوز أن يقام الدليل بداهة على أن الثمار أو المنتجات أو الملحقات ملك لشخص آخر غير المالك . وقد نصت المادة ٨٠٤ من التقنين المدني على ذلك بقولها : « لمالك الشيء

الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك » .

وإذا كان تحديد نطاق الملكية ، يبدو على هذا النحو ميسورا ، فإن الصعوبات لا تلبث أن تشور بصدد ملكية الأرض . فالأرض تفترض سطحاً معيناً يوجد فوقه علو ويوجد تحته عمق ، فإلى أى حد تمتد الملكية إلى هذا العلو أو العمق ؟

امتداد ملكية الأرض إلى العلو والعمق :

٨٨ - تشمل ملكية الأرض ملكية العلو والعمق . ومرجع ذلك أن ملكية سطح الأرض منفصلاً عن العلو أو العمق تعتبر عديمة الفائدة ، إذ لا يمكن من أى وجه من أوجه الانتفاع بالأرض . وقد نصت المادة ٢/٨٠٣ من القانون المدني على هذه القاعدة بقولها : « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقا » .

وملكية العلو هي التي تمكن المالك من البناء أو الغراس في أرضه أو مد الأسلاك فوقها ، وهي التي تمكنه من منع الآخرين من مثل هذا البناء أو الغراس أو من مد مثل هذه الأسلاك .

وملكية العمق تعني في الأصل تخويل مالك الأرض أن يستخرج من جوفها الأحجار والمعادن والأتربة ، وأن يمد فيه ما يشاء من أنابيب وأسلاك ، وأن يقيم فيه ما يشاء من منشآت وأنفاق وممرات ، وأن يحفر فيه ما يلزمه من آبار . وإذا كانت مثل هذه المكنتات تثبت لمالك الأرض ، فمعنى ذلك أنه يستطيع أن يمنع الغير منها ، ويستطيع المطالبة بإزالة كل ما قد يقوم به الغير من ذلك دون رضاه . فله مثلاً أن يطالب

بقطع جذور الأشجار التي تمتد في باطن أرضه أو بهدم ما قد يمدده الغير فيها من منشآت ^(١) .

ولقد كان الفقه القديم يذهب في تفسير هذا الوضع الى القول بأن مالك الأرض يملك طبقة الهواء التي تعلو أرضه وتمتد ملكيته للأرض عمقا الى ما لا نهاية . وقد أخذ على هذا الرأي صبغته النظرية من حيث أن الملكية لا يتصور ممارستها على أبعد من ارتفاع أو عمق معين وأن الحقوق لا تعطى للأفراد الا للتمتع بها ، فاذا لم يكن هناك وجه متصور للارتفاع بالشئ لا يصبح هناك محل لتقرير حق الملكية عليه . لذلك يذهب الفقه في ظل الاتجاه الاجتماعي الحديث وحيث برزت الوظيفة الاجتماعية للملكية، الى تحديد ملكية العلو أو العمق بالحد الممكن الارتفاع به، بحيث لا تكون هناك ملكية أو استثمار فيما وراءه . وقد أخذ المشرع المصري بهذا النظر فنص في المادة ٨٠٣/٢ على أن « ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها الى الحد المفيد في التمتع بها ، علوا أو عمقا » .

انفصال العلو أو العمق عن ملكية الارض :

٨٩ - اذا كانت ملكية الأرض تشمل في الأصل الحق في استعمال العلو أو العمق على النحو السابق ، فمن الممكن انسلاخ هذا أو ذاك عنها . فقد يترتب للغير حق في البناء أو الغراس على هذه الأرض بنص في القانون أو بتصرف قانوني . وقد يكون لشخص غير مالك الأرض حق معين على بعض عناصر العمق . وقد عبر المشرع عن المعنى السابق بنصه في المادة ٨٠٣/٣ على أنه « يجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية السطح منفصلة عن ملكية ما فوقها أو تحتها » . وقد

(١) في هذا المعنى : طنطا الكلية ١٩٢٦/٢/٩ ، الحاماة ، ٦ ، رقم ٢٠٤ ، ص ٤٣٥ . على أنه يلاحظ أن هذا الحكم يذهب الى أبعد من ذلك فيحول المالك أن يقوم بنفسه بقطع جذور الاشجار .

تضمن مشروع التقنين المدنى مثل هذا النص مع استبدال لفظ « العمل القانونى » بلفظ « الاتفاق » لأن العمل القانونى أعم فى الدلالة على معنى الارادة .

ومقتضى ذلك أن ملكية الأرض تعتبر قرينة على ملكية العلو ، ولكنها قرينة بسيطة يمكن اقامة الدليل على عكسها ، باثبات أن القانون أو مالك الأرض قد خول الغير عنصرا أو أكثر من عناصر العلو أو العمق (١) .

ملكية المناجم والمحاجر :

٩٠ - على أنه اذا كانت ملكية العمق الى الحد المفيد فى التمتع به تخول المالك الاستئثار بما فى باطن الأرض ، فقد أخرج المشرع المصرى مواد المناجم والمحاجر من نطاق الملكية الخاصة واعتبرها من أملاك الدولة . ومرجع ذلك ما تقتضيه مصلحة الاقتصاد القومى من هيمنة الدولة على هذه المواد التى باتت من الأسس التى يرتكز عليها بناء الاقتصاد القومى ، خاصة وأن وجودها فى أرض يملكها أحد الأفراد إنما هو من عمل الطبيعة لا فضل لمالك الأرض فيه . وقد قامت على تنظيم استثمار هذه المواد منذ سنة ١٩٤٨ عدة قوانين كان آخرها القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ .

وتنص المادة الثالثة من هذا القانون على أنه : « يعتبر من أموال الدولة ما يوجد فى المناجم من مواد معدنية فى الأراضى المصرية والمياه الاقليمية . وتعتبر كذلك من هذه الأموال خامات المحاجر عدا مواد البناء - الأحجار الجيرية والرملية والرمال - التى توجد فى المحاجر التى تثبت ملكيتها للغير » . ويتضح من هذا النص أن للمالك استعمال العمق الاستعمال العادى للملكية بالبناء أو الحفر أو مد الأنابيب الى غير ذلك،

(١) فى هذا المعنى : نطق مدنى ١٩٤٠/٥/٢٢ ، مجموعة صبر ، ٢ ، رقم ٦٢ ، ص ٢١٦ .
نطق مدنى ١٩٥٥/١١/٢ ، مجموعة الكتب الفنى فى خمسة وعشرين عاما ، ٢ ، ص ٩٩٠ .

ولكن ليس له استعمالها بأخذ ما يوجد فيها من مواد معدنية أو خامات المحاجر اذ تعتبر هذه الأخيرة ملكا للدولة بقوة القانون .

وقد حددت المادة الأولى من نفس القانون « المواد المعدنية » بأنها « المعادن وخاماتها والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما في حكمها والصخور والطبقات والرواسب المعدنية التي توجد على سطح الأرض أو في باطنها وكذلك المياه المعدنية الخارجة من باطن الأرض اذا كان استغلالها بقصد استخراج مواد معدنية منها ولا تدخل في ذلك الأملاح التبخرية التي تستخرج بطريق التبخر » ، وحددت « خامات المحاجر » بأنها « مواد البناء والرصف والأحجار الزخرفية وخامات المون والبلاط والأحجار الصناعية والدولوميت ورمال الزجاج وما يماثلها » .

وقد كان القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٥٦ يراعى جانب مالك الأرض في البحث عن المعادن والأحجار واستثمارها ؛ فيجعل له الأولوية على الغير في البحث عن المواد المعدنية والحجرية أو استثمارها ؛ ويعفيه من الايجار المقرر للحكومة في مقابل الترخيص بالبحث عن المواد المعدنية (م ١٥/٢ و ٣) ، فاذا لم يتم بالبحث والاستثمار بنفسه وصدر الترخيص للغير بهذا البحث والاستثمار فيكون للمالك الأرض نصف الايجار المقرر على هذا الغير نظير الترخيص (م ١٥/٥ و م ٣٢/٢) ؛ وينص على جواز اعفاء المالك المرخص له في استثمار الحجر من دفع اتاوة الاستثمار وذلك فيما يتعلق بمواد البناء اذا كان يستخرجها بقصد استعماله الخاص (م ٣٢) .

ولكن القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٦٣ قد أنهى تراخيص البحث وعقود استثمار المناجم ، وكذلك استثمار بعض المحاجر الممنوحة للقطاع العام . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن : « تنتهى تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم وكذلك عقود استغلال الجبس

والرمال البيضاء الممنوحة للأفراد أو شركات القطاع الخاص » • ونصت المادة الثانية على أن : « تؤمم الأصول المستخدمة في الاستغلال وتؤول ملكيتها الى الدولة » • ونصت المادة السادسة على أن : « يرخص لوزير الصناعة في اسناد استغلال المناجم والمحاجر المشار اليها في المادة الأولى الى شركات القطاع العام » •

على هذا النحو أصبح البحث عن المعادن في المناجم واستثمار هذه المناجم قاصرا على القطاع العام • أما بالنسبة للمحاجر فيجوز الترخيص في البحث عنها واستثمارها للأفراد أو شركات القطاع الخاص ، فيما عدا محاجر الجبس والرمال البيضاء فتأخذ حكم المناجم •

ويلاحظ أن ما يوجد في الأرض من أشياء ذات قيمة أثرية لا يكون لمالكها وإنما يعتبر من الأموال العامة ، وإن كان لمن يعثر عليها الحصول على مكافأة معينة (القانون رقم ٢١٥ لسنة ١٩٥١) •

الباب الثالث

أوصاف الملكية

٩١ - يتناول المشرع المصرى أوصاف الحق فى القسم الأول من التقنين المدنى المتعلق بالالتزامات أو الحقوق الشخصية فيعرض لكل من الشرط والأجل وتعدد محل الالتزام أو الحق وتعدد أطرافه ، دون أن يتعرض لهذه الأوصاف فى القسم الثانى منه المتعلق بالحقوق العينية .

وقد جرى الفقه بالفعل على تناول هذه الأوصاف فى دراسته للالتزام أو الحق الشخصى . غير أن المشرع قد تعرض بالتفصيل فى القسم الثانى من التقنين المدنى للشيوع ، فبين أحكامه ، ثم تعرض لبعض صور خاصة منه تتميز بعدم قابليتها للقسمة وتعرف بالشيوع الاجبارى . ومسلك المشرع المصرى فى هذا الشأن يثير التساؤل عما اذا كانت الملكية يمكن أن تكون موصوفة بوصف من الأوصاف السابقة وما اذا كان الشيوع يعتبر وصفا من أوصاف الملكية .

على هذا النحو يقتضى تفصيل القول فى أوصاف الملكية التعرض لأوصاف الملكية بصفة عامة ، لتحديد الأوصاف التى يمكن أن ترد عليها ومدى تأثيرها فى أحكامها ، فاذا ما اتهمنا الى تحديد الأوصاف التى ترد على الملكية والى أن الشيوع يعتبر أحد هذه الأوصاف ، كان علينا أن نعرض للتنظيم الذى خص به المشرع الشيوع كوصف للملكية سواء فى وضعه العادى أو فى صورته الخاصة التى يكون فيها اجباريا ، محيلين فى الأوصاف الأخرى الى موضع دراستها فى نظرية الالتزام أو الحق الشخصى .

الفصل الأول : أوصاف الملكية بصفة عامة .

الفصل الثانى : الشيوع العادى .

الفصل الثالث : الشيوع الاجبارى .

الفصل الأول

أوصاف الملكية بصفة عامة

أوصاف الملكية الواردة على الحق الشخصى :

٩٢ - أول ما يلاحظ فى هذا الشأن هو أننا قد اتهمنا الى أن الالتزام أ والحق الشخصى يتضمن فى الواقع حق ملكية اذا ما نظرنا اليه كقيمة مالية ، بجانب علاقة المديونية بين الدائن والمدين . وعلى ذلك فملكية الحق الشخصى يمكن أن تكون موصوفة بوصف من الأوصاف السابقة اذا ما كان هذا الوصف يلحق الحق الشخصى فيما يتضمنه من قيمة مالية دون أن يقتصر على العلاقة بين الدائن والمدين . فيمكن أن تكون ملكية الحق الشخصى معلقة على شرط أو مضافة الى أجل ، اذ الشرط يترتب عليه وجود الحق أو انقضاءؤه والأجل يترتب عليه حلول الحق أو اتهماؤه . وبالمثل يمكن أن تعدد محل الملكية فى الحق الشخصى فيكون تخييريا أو بدليا . وأخيرا يمكن أن تعدد أصحاب الحق الشخصى ، كما اذا كان الحق غير قابل للانقسام . أما تعدد المدين بالالتزام فهو لا يلحق ملكية الحق الشخصى وانما يلحق علاقة المديونية التى يتضمنها هذا الحق وحدها ، اذ الملكية لا تنصرف الا الى القيمة المالية التى يتضمنها هذا الحق دون العلاقة المذكورة .

أوصاف الملكية الواردة على الشخص المعنوى :

٩٣ - واذا كانت الأوصاف السابقة تلحق ملكية الحق الشخصى ، فهل يمكن أن تلحق هذه الأوصاف أيضا ملكية الشخص المعنوى وفقا

لما سبق أن قلنا به من ورود الملكية على الشخص المعنوي ؟ من المتصور أن تكون نشأة الشخص المعنوي أو انقضاؤه معلقة على شرط فتكون ملكيته معلقة على هذا الشرط . كذلك يمكن أن تكون نشأة هذا الشخص مضافة الى أجل ، كما أن انقضاؤه يكون دائما مضافا الى مثل هذا الأجل . أما محل ملكية الشخص المعنوي فلا يتصور بالعكس أن يكون تخيريا أو بدليا ، اذا الشخص المعنوي - محل الملكية - لا يمكن أن يكون الا واحدا غير متعدد . وأما تعدد أصحاب الشخص المعنوي فهو الوضع الغالب في ملكية الشخص المعنوي كلما كان هذا الشخص شركة تفترض أكثر من شريك واحد .

أوصاف الملكية الواردة على الشيء :

٩٤ - وبمثل ما استبعدنا تعدد المحل في نطاق الملكية التي ترد على الشخص المعنوي ، فانه يمكن استبعاده من نطاق الأوصاف التي ترد على ملكية الأشياء . فهذه الملكية تبدأ بملكية لحق شخصي ولا تتحول الى ملكية للشيء الا بعد تعيين الشيء الذي يكون محلا لها تعيينا تاما ، مما يفترض سلفا قيام المتصرف باجراء الاختيار أو الابدال في حالة كون ملكية الحق الشخصي موصوفة بوصف التخير أو البذل .

وملكية الشيء قد تكون معلقة على شرط ، كما أنه من المتصور اضافتها الى أجل ، وقد يلحقها وصف تعدد أصحاب الحق كما هو الحال في الشيوخ .

الشرط :

٩٥ - والشرط كما هو معلوم يلحق بالتصرف القانوني . فاذا كان التصرف القانوني الذي يلحقه الشرط ينقل ملكية شيء ، سواء كانت هذه

الملكية ملكية تامة أو ملكية ناقصة ، فانه يصبح هناك حقان على هذا الشيء حتى يتحدد مصير الشرط المعلق عليه هذا التصرف . فاذا كان هذا التصرف بيعا ، وكان هذا البيع معلقا على شرط واقف ، فان البائع يكون له على الشيء المبيع حق ملكية معلق على شرط فاسخ ، والمشتري يكون له حق ملكية معلق على شرط واقف على هذا الشيء . واذا كان البيع معلقا على شرط فاسخ كان المشتري هو صاحب الملكية المعلقة على شرط فاسخ ، وكان البائع هو صاحب الملكية المعلقة على شرط واقف .

على أن هذه الملكية المعلقة مآلها دائما الى الثبوت لأحد طرفي التصرف الناقل للملكية . فاذا لم يتحقق الشرط ثبتت الملكية للطرف الذي كانت ملاكته معلقة على شرط فاسخ ، واذا تحقق هذا الشرط ثبتت الملكية بأثر رجعي للطرف الذي كانت ملاكته معلقة على شرط واقف .

ونجد وضعاً مماثلاً لهذا الوضع الناشئ عن الشرط في حالة بطلان التصرف الناقل للملكية أو فسخه أو زواله ، نتيجة للأثر الرجعي للبطلان أو الفسخ أو الزوال .

ويلاحظ أن حق صاحب الملكية المعلقة على شرط فاسخ يكون « حالا » ، ومن ثم يجوز له ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف . فاذا ما ثبتت له الملكية ، عند عدم تحقق الشرط ، كان طبيعياً أن تظل صحيحة جميع الأعمال التي كان قد اتخذها أثناء تعليق ملكيته بناء على ما له من سلطات باعتباره مالكا ، من قبض للثمار وإدارة وتصرف . أما اذا زالت عنه الملكية بتحقيق الشرط ، فان منطق الأثر الرجعي للشرط يؤدي الى زوال جميع ما يكون قد اتخذته من أعمال استنادا الى سلطاته باعتباره مالكا . ومع ذلك فان المالك تحت شرط فاسخ الذي زالت ملكيته بأثر رجعي يظل محتفظا بالثمار التي قبضها ، كما تظل صحيحة أعمال الإدارة الصادرة منه (م ٢٦٩ / ٢) وكذلك أعمال

التصرف اذا كان المتصرف اليه حسن النية ، كما هو الشأن بالنسبة
للرهن (م ١٠٣٤ مدني) .

أما حق صاحب الملكية المعلقة على شرط واقف فلا يكون « حالا » ،
ومن ثم فلا يكون له ممارسة سلطات الملكية من استعمال واستثمار
وتصرف . فاذا ما ثبتت له الملكية بعدم تحقق الشرط ارتد أثر ثبوتها الى
وقت نشأة التصرف اعمالا للأثر الرجعي للشرط ، بما يترتب على ذلك من
تصحیح ما يكون قد صدر عنه من أعمال كقبض الثمار أو الإدارة أو
التصرف . أما اذا زالت عنه الملكية بتحقيق الشرط فتأيد عدم أحقيته
لممارسة سلطات الملكية في فترة التعليق ، بما يترتب على ذلك من بطلان
ما يكون قد صدر عنه من تصرفات قانونية تمس الشيء محل الملكية .

الأجل :

١٦ — الأجل قد يعلق عليه حلول الحق أو انقضاؤه . وقد سبق أن
رأينا أن الأجل بنوعيه يلحق ملكية الحق الشخصي ، فهل يمكن أن يلحق
كذلك ملكية الشيء ؟

من المسلم به أن حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى حقوق مؤقتة
بطبيعتها فيجوز أن تكون مضافة الى أجل فاسخ تنقضي بحلوله . كما أنه
من المسلم به ، أن التأقيت وان لم يكن من طبيعة حق الارتفاق الا أن
هذا الحق يمكن أن يكون مضافا الى أجل فاسخ ينقضي بحلوله . ومن
المسلم به كذلك ، أن هذه الحقوق جميعا يمكن أن يحدد لها في التصرف
المنشئ لها تاريخ معين تبدأ منه ممارسة صاحبها لها فتكون مضافة الى
أجل واقف . ولكن الخلاف قد احتدم في الفقه حول امكان أو احتمال
وجود وضع تضاف فيه الملكية التامة الى أجل معين ، بحيث يكون هناك
مالك للشيء قبل حلول هذا الأجل ومالك آخر له بعد حلوله . ويعالج

الفقه هذه المشكلة تحت فكرة « تأقيت الملكية » أو « مبدأ دوام الملكية » .

فقد ذهب جانب من الفقه الى أن الملكية (التامة) لا تقبل التأقيت لمدة معينة على عكس الحقوق العينية الأخرى التى تقبل جميعها التأقيت بل قد يكون التأقيت من جوهرها . ومرجع ذلك أن الملكية تفترض تسلط المالك على رقبة الشيء بحيث يكون له التحكم فى وجوده وفى كيانه ومصيره . وهذا التحكم اذ يفترض امكان القضاء على الشيء أو اخراجه من الذمة يتنافى منطقاً مع التأقيت . ومن ثم فاذا اشترط فى التصرف المكسب للملكية أن تتحدد ملكية المتصرف بمدة معينة تعود الملكية بانقضائها الى المتصرف (أو اشترط ألا تبدأ ملكية المتصرف اليه الا من تاريخ معين) فيكون هذا الاتفاق باطلا .

وذهب جانب آخر من الفقه الى أنه من المتصور منطقاً أن تتقرر لشخص ملكية شيء مدة معينة يكون له خلالها كافة سلطات الملكية بما فى ذلك التصرف فى رقبة الشيء ، بحيث اذا قام فعلاً بالتصرف فى الشيء تصرفاً مادياً أو قانونياً فى المدة المحددة انقضت ملكيته له بمقتضى هذا التصرف ، واذا انتهت المدة المحددة للملكية انقضت ملكيته بانقضاء أجلها وعادت ملكية المالك الأصلية . ويؤدى منطق هذا رأى كذلك الى امكان تصور أن تتقرر لشخص ملكية الشيء ابتداء من تاريخ معين بحيث تظل هذه الملكية للمالك الأصلية حتى هذا التاريخ ويكون له فى هذه الفترة سلطات الملكية فاذا ما تصرف فى الشيء انقضت ملكيته ومعها ملكية المتصرف اليه ، واذا لم يتصرف فى الشيء فى هذه الفترة انقضت ملكيته وابتدأت ملكية المتصرف اليه من وقت حلول الأجل المعين .

ويذهب جانب ثالث من الفقه الى امكان تأقيت الملكية من الناحية المنطقية ، ولكنهم ينكرون امكان تحقق ذلك من الناحية العملية ، اذ أنه من

الصعب تصور نزول شخص لآخر عن ملكيته نزولا مؤقتا بمدة معينة تعود بعدها الملكية اليه . فمثل هذا الاتفاق يجعل حقه في استعادة ملكيته بعد انقضاء الأجل رهنا بإرادة المالك المؤقت الذى يستطيع دائما أن يقضى على الشئ قبل حلول الأجل ، ولذلك لا يجازف أحد عادة بنقل ملكية شئ الى شخص آخر نقلا مؤقتا . والواقع أنه يمكن دائما الوصول الى الغرض العملى من الملكية المؤقتة عن طريق حق الانتفاع الذى يخول المنتفع منفعة الشئ مدة معينة دون التصرف فيه بحيث يضمن المالك اجتماع عناصر الملكية لديه بانقضاء الانتفاع .

على أنه اذا كان من الصعب فى الأحوال العادية أن نجد عملا ملكية مؤقتة الا أن الحياة العملية تقدم لنا بعض الصور النادرة لهذا الوضع . من ذلك مثلا الصورة التى يبنى فيها المستأجر على الأرض المؤجرة ويتملك البناء باذن من المؤجر . ففى هذه الحالة يكون المستأجر مالكا للبناء طوال مدة الايجار وتكون له كافة عناصر الملكية بما فى ذلك ازالة البناء . فاذا انتهت مدة الايجار دون أن يقوم المستأجر بازالة البناء تملكه المؤجر بحكم الالتصاق نظير دفع تعويض معين .

تعدد الملاك :

٩٧ - والملكية تثبت للشخص الواحد على الشئ ، فيقال لها ملكية مفرزة . ولكن الملكية قد تثبت لأكثر من شخص على نفس الشئ ، فيقال لها ملكية شائعة .

والمقصود بالملكية الشائعة فى هذا الصدد حالة وجود حقوق لأكثر من شخص على نفس الشئ يتضمن كل منها جميع سلطات الملكية . وهى تختلف على هذا النحو عن كل من الملكية التى تثبت للشخص المعنوى وعن توزيع سلطات الملكية على الشئ بين أكثر من شخص واحد . فقد

رأينا أن اسناد الملكية الى الشخص المعنوى يحفظ للمالك وحدته من الناحية القانونية ، وان كان الشخص المعنوى ذاته قد يكون مملوكا فى النهاية لأشخاص متعددين . كذلك رأينا أن اقتطاع منفعة الشئ كلها أو بعضها وتخويلها لشخص غير مالك الرقبة - كصاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الارتفاق - يؤدي الى تعدد الحقوق على الشئ الواحد مع بقاء كل منها مستقلا بصاحبه .

غير أن الشيوع لا يقتصر على الملكية التامة ، وانما يمتد أيضا الى الملكية الناقصة فى صورها المختلفة من انتفاع واستعمال وسكنى وارتفاق . وتنطبق على هذا الشيوع نفس الأحكام التى وضعها المشرع بالنسبة للشيوع فى الملكية التامة كلما كانت لا تتعارض مع طبيعة الحق المتمثل فيها .

٩٨ - وقد أورد المشرع أحكام الشيوع تحت عنوان «الملكية الشائعة» كما نصت المادة ٨٢٥ على انه « اذا ملك اثنان أو أكثر شيئا غير مفرزة حصة كل منهم فيه ، فهم شركاء على الشيوع .. » مما يدل على أن حق الشريك فى الشيوع هو حق ملكية . ومع ذلك فان تميز الشيوع بوجود أكثر من حق ملكية واحد على شئ واحد فى نفس الوقت - خلافا للوضع العادى للملكية - حيث لا يوجد على الشئ الواحد غير حق ملكية واحد فى وقت واحد - قد أثار وما يزال يثير الشك حول طبيعة حق الشريك على الشيوع (١) .

وقد بدأ جانب من الفقه من هذه النقطة - وهى تعدد الحقوق على الشئ الواحد فى وقت واحد - فقالوا بأن حق الشريك المشتاع ليس له محل مادى معين ، ورتبوا على ذلك أن حق الشريك المشتاع ليس

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٢ .

الا حقا شخصا قبل بقية الشركاء يخول له الحصول على نسبة معينة من مزايا الشيء (كالثالث أو الربع) ، واقتضاء تعيين نطاق مادي في الشيء الشائع يقابل النسبة التي تكون له في منافعه عن طريق القسمة ، حتى اذا ما قسم الشيء الشائع أصبح هناك محل مادي محدد يقابل النسبة المحددة للشريك وتحول حقه بذلك الى حق ملكية بالمعنى الدقيق ^(١) .

ثم لاحظ بعض هذا الفقه أن الاختصار على القول بأن حق الشريك المشتاع حق شخصي يؤدي الى اعتبار الشيء الشائع كأنه لا مالك له أثناء قيام الشيوع ، وهي نتيجة غير مقبولة من الناحية المنطقية ، فاتجه الى القول بأن الملكية في حالة الشيوع تكون لمجموع الشركاء المشتاعين ، باعتبار هذا المجموع وحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن الشركاء كل منهم على حدة . على هذا النحو يكون للوحدة المتمثلة في مجموع الشركاء المشتاعين ملكية الشيء ويكون لكل شريك مجرد حق شخصي قبل هذه الوحدة .

ولكن هذا التكييف لحق الشريك المشتاع لا يستجيب الى الواقع ولا يستقيم مع أحكام القانون الوضعي . فمن ناحية نجد أن للشريك المشتاع سلطات ترد مباشرة على الشيء الشائع ولا يمكن معها اعتبار حقه مجرد حق شخصي قبل بقية الشركاء أو قبل الوحدة المتمثلة فيهم . ومن ناحية أخرى لا يمكن القول بأن الملكية ثبتت للوحدة المتمثلة في مجموع المشتاعين ، اذ الحقوق في قانوننا الوضعي لا تثبت الا للأشخاص ، ومن المسلم به أن هذه الوحدة لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية . وحتى اذا تصورنا أن القانون قد أضفى على هذه الوحدة الشخصية المعنوية

(١) انظر : جومران في بحث له عن الملكية الجماعية ، الكتاب المئوي للقانون المعنى الفرنسي ، ص ٢٧٢ (أشار اليه منصور مصطفى منصور في المرجع السابق ، ص ١٢٨) .

فإن معنى ذلك أن تتسلك هذه الوحدة الشيء ملكية مفرزة على نحو ينتفى معه وضع الشيوع القائم على تعدد الملاك .

وقد بدأ جانب آخر من الفقه من التسليم بأن الشريك على الشيوع له سلطات مباشرة على الشيء الشائع ، هي نفس سلطات المالك ، ولكنه لاحظ أن مباشرة الشريك على الشيوع لهذه السلطات يختلف عن مباشرة المالك لها ، في أن الشريك على الشيوع يواجه بسلطات مماثلة لشركائه على نفس الشيء فيتقيد بها ، بعكس المالك الذي يستقل بالشيء المملوك له فلا يزاحمه أحد في ممارسته لسلطاته . لذلك ذهب هذا الجانب من الفقه الى القول بأن حق الشريك على الشيوع يعتبر حقاً عينياً بالمعنى الدقيق ، ولكنه ليس حق ملكية وإنما حق عينى من نوع خاص ^(١) .

ولكن القول بأن حق الشريك المشتاع حق عينى من نوع خاص لا يكفي لتعيين النظام القانونى للشيء الشائع . فمن المسلم أن السلطات المتصورة على الشيء ان اجتمعت لشخص معين كان حقه حق ملكية تامة ، وان اجتمع لشخص معين بعضها فقط دون البعض الآخر كان له حق ملكية ناقصة أو حق من الحقوق المتفرغة عن الملكية ، كما يجرى التعبير فى لغة الفقه . ولذلك لا مناص من التسليم بأن الشيء يتحمل بحق ملكية بالضرورة حتى يتعين نظامه القانونى . ولما كان من غير الممكن - كما سبق القول - اسناد هذه الملكية للوحدة المتشكلة فى مجموع الشركاء ، فيلزم القول بأن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الصحيح ^(٢) .

(١) فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., No. 59.

Ionasco, La copropriété d'un bien, Paris 1930, p. 278 ;

(٢) من هذا الرأى فى فرنسا :

Planiol, Repert et Boulanger, Traité de droit civil, T. II, No. 2271.

وليس في اعتبار حق الشريك المشتاع حق ملكية بالمعنى الصحيح ما يخرج بفكرة الملكية عن طبيعتها . فاذا كانت الملكية — كما يقال — حقا استثنائيا مانعا ، فالمقصود بذلك أنه يتمتع على غير المالك الاستفادة من الشيء ، لا أن يتمتع على أحد ملاك الشيء أن يفيد منه في حدود مضمون حقه . وواضح أن لكل شريك مشتاع الاستفادة من الشيء في جميع منافعه ومظاهره في حدود النسبة التي يملكها في هذا الشيء . أما أخذ الاستثناء في الملكية بمعنى عدم تصور المشاركة في الانتفاع بالشيء ولو بناء على حق يحميه القانون ، فانه يعتبر من بقايا النظرة الفردية الخالصة للملكية التي لم يعد لها محل في القانون الوضعي أو في التصوير النظري لحق الملكية .

٩٩ — واذا كان حق الشريك المشتاع على هذا النحو حق ملكية ، فهل يختلف هذا الحق عن حق الملكية في صورته المفترزة ؟ تذهب النظرية التقليدية المستمدة من القانون الروماني الى تصوير حق الشريك على الشيوع تصويرا يجعله مستقلا عن حقوق الشركاء الآخرين على نحو يبدو معه غير مختلف عن حق الملكية المفترزة . ففي اتجاه أول لهذه النظرية ، يعتبر حق الشريك المشتاع حقا في « حصة معنوية » من الشيء الشائع تمثل نصيبه في كل ذرة من ذراته ، على نحو يبدو معه للشيء وجود معنوي غير ملموس يمكن تقسيمه بين الشركاء وتبدو الحصة المعنوية لكل منهم فيه منفصلة عن حصص الشركاء الآخرين . فمحل حق ملكية الشريك المشتاع هو الحصة المعنوية التي يتصور انفصالها عن حصص الشركاء الآخرين وليس هو الوجود المادي للشيء ، ذلك الوجود الذي يتحدد لكل شريك جزء فيه ^(١) .

وفي اتجاه آخر لهذه النظرية ، يعتبر حق كل شريك من الشركاء

(١) كان الفقهاء الرومان يعتبرون أن لكل شريك جزءا في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع .

منفصلا عن حقوق الشركاء الآخرين ، ولكن ليس على أساس تصور انقسام الشيء محل الملكية بين الشركاء في وجوده المادى أو المعنوى وانما على أساس انقسام حق الملكية الوارد على الشيء ذاته فيما بين الشركاء (١) .

ولكن هذه النظرية بشقيها لا يمكن التسليم بها . فلا يمكن القول بأن محل ملكية الشريك المشتاع هو الحصة المعنوية ، اذ أن محل الملكية يجب أن يتمثل في كيان ذاتى مستقل يسمح باعتباره شيئا معينا بالذات ، فضلا عن أن هذا القول يعود بنا الى التساؤل عن مالك الشيء في كيانه المادى . ولا يمكن انقول بانقسام حق الملكية ذاته الى أجزاء كل منها يعتبر حق ملكية عادى ، لأن التسليم بذلك يفترض بالضرورة تميز محل كل حق عن محال الحقوق الأخرى (٢) .

لذلك فالنظرية الحديثة تسلم بتميز حق ملكية الشريك على الشيوع عن حق الملكية المفروزة ، وان كانت هي الأخرى تختلف في تقدير مدى هذا التميز .

ففى تصوير أول لهذه النظرية ، يرد حق الشريك المشتاع على الشيء الشائع كله ، مثله فى ذلك مثل المالك ملكية مفروزة ، ولكن سلطات كل شريك على الشيء تحد منها سلطات الشركاء الآخرين على نفس الشيء ، وهذا هو وجه الخلاف الوحيد بين ملكية الشريك المشتاع وبين ملكية المالك ملكية مفروزة ، وهو خلاف لا يطعن فى أن حق الشريك المشتاع حق ملكية تام من حيث المبدأ (٣) .

(١) انظر فى ذلك : اسماعيل غنم ، بند ٨٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٥٢ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، الموضع السابق .

(٣) فى هذا المعنى : Bayer, La notion de transaction, 1947, p. 409. وقارب : حسن كيرة ، بند ١٠٤ ، وبجته فى تصرف الشريك المشتاع فى جزء مفروز من للشيء الشائع ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٢/٦٢ ، بند ٤ ، اسماعيل غنم ، بند ٨٦ ، السنهورى ، بند ٤٨٦ .

وفي تصوير آخر لهذه النظرية ، لا يقتصر الخلاف بين حق الشريك المشتاع وبين حق المالك ملكية مفرزة ، على أن الأول مقيّد في مباشرته لحقه بحقوق الشركاء الآخرين ، وإنما يتعدى الخلاف ذلك الى أصل الحق . فمضمون حق الشريك المشتاع أضيق من مضمون الملكية المفرزة ، إذ أنه لا يخول صاحبه الا نسبة معينة من مزايا الشيء (كالنصف أو الثلث) ، بعكس حق المالك ملكية مفرزة ، فهو يخوله كل مزايا الشيء . لذلك يذهب هذا التصوير الى أنه اذا كانت وحدة السلطات التي يخولها كل من الحقين تبرر الاعتراف لهما بوصف الملكية ، فإن اختلاف مدى هذه السلطات يبرز الفصل بينهما كنوعين متميزين من أنواع الملكية (١)

على هذا النحو ، يخلص هذا الرأي الأخير الى أن الشيوع أوتعدد الملاك لا يمنع من اعتبار حق كل مالك حق ملكية بالمعنى الدقيق ، وإن كان هذا الحق يعتبر حقاً موصوفاً . ومقتضى هذا الوصف أن حق كل مالك معرض منذ نشأته ودون توقف على ارادة صاحبه ، أن يتحول بالقسمة الى حق آخر هو حق ملكية مفرزة . وبناء على ذلك يكون لكل مالك في الشيوع حق ملكية مفرزة احتمالي على أي جزء من أجزاء الشيء الشائع منذ نشأة حقه (٢) .

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٤ ، وبحثه في « تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة » وحماية كل شريك من تصرفات غيره » مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، للسنة السادسة ، ص ١٠٤ و ١٠٥ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٥ ، وبحثه السابق ، بند ١٩ .

الفصل الثاني

الشيوع العادى

١٠٠ - الملكية الشائعة منتشرة فى مصر • وهى تتوافر فى الغالب نتيجة الميراث • فاذا توفى الشخص أصبحت ملكيته ملكية لورثته على الشيوع كل بنسبة حصته فى التركة • وكثيرا ما يستبقى الورثة هذا الوضع فلا يقتسمون التركة أجزاء مفرزة بينهم حتى وفاتهم فيحل محلهم ورثتهم وهكذا أجيالا متعاقبة يتزايد فيها عدد الملاك وتقل حصة كل منهم • على أن الملكية الشائعة يمكن أن تتوافر بصفة عامة - كما سوف نراه - اذا ما تعلق أى سبب آخر من أسباب كسب الملكية ، كالحيازة أو الالتصاق أو التصرف القانونى ، بأكثر من شخص واحد •

ولم يتعرض القانون الفرنسى والمصرى القديم للشيوع الا بقصد انهاءه عن طريق القسمة على اعتبار أنه وضع مؤقت غير مرغوب فيه ، دون أن يعنى بتنظيم الملكية الشائعة فى ذاتها من حيث ممارسة سلطاتها المختلفة • ولعل ذلك يرجع الى التصوير الفردى للحقوق بصفة عامة وللملكية بصفة خاصة ، الذى كان مسيطرا على واضعى القانون الفرنسى ومن بعده القانون المصرى القديم • فمقتضى هذا التصوير أن يكون للمالك وحده مباشرة السلطات المختلفة التى يخولها له حقه ، بحيث يجب اتفاق الملاك جميعا لمباشرة هذا السلطات اذا ما تعدد ملاك الشيء ، مما لا تبدو معه الحاجة - لأول وهلة - الى تنظيم خاص •

ولكن التطبيق العملي لهذا التصور لم يلبث أن كشف عن قصوره .
فقد بدا من العسير في كثيرا من الحالات اتفاق ملاك الشيء جميعا بشأن ممارسة سلطات الملكية ، مما يترتب عليه في الغالب تعطيل الاستفادة من الشيء الشائع الى حد بعيد . لذلك فقد عمل القضاء الفرنسي والمصري جاهدا على سد هذا النقص ، وجاء القانون المدني الجديد في وقت كان فيه تصوير الملكية قد تغير وأصبح من المسلم أن لحق الملكية وظيفية اجتماعية وأن سلطات الملكية يجب ممارستها في ضوء هذه الوظيفة ، فوضع تنظيما للملكية الشائعة جعل فيه لارادة الأغلبية دورا رئيسيا في ممارسة سلطات الملكية الواردة على الشيء الشائع بالرغم مما يكون في ذلك من تعدد على سلطات كل مالك على انفراد ، وخفف بذلك من الآثار الضارة التي تترتب على تعدد الملاك مع وحدة الشيء المملوك .

ودراسة الشيوع في صورته العادية تقتضي — على هذا النحو — بيان أحكامه قبل دراسة القسمة كطريق لتحويل الملكية الشائعة الى ملكية مفرزة .

المبحث الأول : أحكام الشيوع .

المبحث الثاني : القسمة .

المبحث الأول

أحكام الشيوع

١٠١ — اتهمنا فيما سبق الى أن حق كل شريك على الشيء الشائع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق يرد على الشيء الشائع كله كالملكية المفرزة، وان كان هذا الحق يتميز عن الملكية المفرزة في أنه لا يخول صاحبه الا نسبة معينة من مزايا الشيء وفي أنه حق معرض منذ البداية الى أن يستبدل به حق ملكية مفرزة ترد على جزء من الشيء الشائع . وهذه الطبيعة الخاصة المزدوجة لحق الشريك المشتاع تنعكس بالضرورة على

أحكامه ، فيظهر أثرها في حكم ما يجريه الشركاء من أعمال على الشيء الشائع سواء فيما يتعلق بحكمها قبل القسمة أو بعدها .

وسوف نعرض لأحكام الشيوخ في مطلبين ، تتناول في الأول منهما الانتفاع بالشيء الشائع ، وتتناول في الآخر التصرف فيه .

- المطلب الأول : الانتفاع بالشيء الشائع .
- المطلب الثاني : التصرف في الشيء الشائع .

المطلب الأول

الانتفاع بالشيء الشائع

١٠٢ - لا شك أن الوضع الأمثل للانتفاع بالشيء الشائع هو أن تتم الأعمال اللازمة له باجماع الشركاء ، ولكن تعذر الوصول الى هذا الوضع الأمثل قد جعل المشرع يخول أغلبية الشركاء سلطات معينة بقصد تسهيل هذا الانتفاع . ومع ذلك فإن التساؤل لا يزال قائما حول حكم أعمال الانتفاع التي يقوم بها أحد الشركاء منفردا أو يقوم بها عدد من الشركاء لا تتوافر فيه الأغلبية التي يتطلبها القانون .

١ - الانتفاع الجماعي

أعمال الانتفاع الصادرة من الشركاء مجتمعين :

١٠٣ - للشركاء مجتمعين السلطة المطلقة في إدارة الشيء الشائع وتوجيه الانتفاع به ، ويكون ما يأتون ما أعمال ملزما لكل منهم حتى بعد قسمة الشيء الشائع .

ويترتب على السلطان المطلق للشركاء مجتمعين في إدارة الشيء الشائع أنه اذا قام الشركاء مجتمعين بتأجير جزء من الشيء الشائع ، ثم وقع هذا

الجزء في نصيب أحدهم بالقسمة ، ظل هذا الإيجار ملزما لهذا الشريك .
وإذا قام هؤلاء الشركاء بتعيين مدير من بينهم يتولى إدارة الشئ نيابة
عنهم ، تكون أعمال هذا المدير ملزمة لهم . وقد يستخلص اتفاق الشركاء
على تعيين مثل هذا المدير ضمنا ، كما إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون
اعتراض من الآخرين (مادة ٨٢٨/٣) (١) . وإذا قام الشركاء مجتمعين
بوضع نظام معين لإدارة الشئ الشائع ولحسن الانتفاع به كان هذا النظام
ملزما لخلفائهم جميعا طالما ظلت حالة الشيوخ باقية (م ٨٢٨ التي تخول
هذه السلطة للأغلبية) .

١٠٤ — ويترتب على سلطان جميع الشركاء المطلق في توجيه الانتفاع
بالشئ الشائع امكان قسمته لا قسمة نهائية ترد على الملكية وتفض
الشيوخ ، وانما قسمة مؤقتة ترد على منفعه أثناء قيام الشيوخ ،
وهو ما يعرف بقسمة المهايأة .

وقسمة المهايأة قد تكون قسمة مكانية بأن « يتفق الشركاء على أن
يختص كل منهم بنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ،
متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء » على ما تنص
عليه المادة ٨٤٦/١ . وقد راعى المشرع التنسيق بين الحد الأقصى لمدة
قسمة المهايأة المكانية وبين المدة التي لا يجوز الاتفاق مقدما على البقاء
في الشيوخ لأكثر منها وهي خمس سنوات ، فنص في المادة ٨٤٦/٢
على أنه : « لا يصح هذا الاتفاق (على قسمة المهايأة المكانية) لمدة تزيد
على خمس سنين . فاذا لم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها
ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد اذا لم يعلن

(١) يلاحظ البعض (منصور مصطفى منصور ، هامش ١ ص ١٢٤) أن اعتبار الشريك
الذي ينفرد بعمل من أعمال الإدارة وكبلا عن الباقيين بحكم المادة ٢/٨٢٨ قاصر على أعمال
الإدارة المعتادة ، كالتأجير ، لأن هذه الأعمال هي وحدها التي عرض لها المشرع في المادة
٢/٨٢٨ . أما أعمال الإدارة غير المعتادة فقد عرض لها المشرع في المادة ٨٢٩ ولم يضع
بالنسبة لها حكما مماثلا لحكم المادة ٢/٨٢٨ .

الشريك الى شركائه قبل انتهاء السنة التجارية بثلاثة أشهر أنه لا يرغب في التجديد .

وقد تكون قسمة المهايأة قسمة زمانية « ... » بأن يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته « على نحو ما تنص عليه المادة ٨٤٧ .

ولما كانت قسمة المهايأة بنوعيتها لا يترتب عليها فض الشيوخ ، وإنما مجرد تنظيم الانتفاع بالشئ الشائع ، فهي لا تخضع لأحكام القسمة النهائية . ويعتبر كل شريك في انتفاعه بالجزء الذي اختص به في القسمة المكانية في مركز قريب من مركز المستأجر وشركاؤه في مركز قريب من مركز المؤجر . لذلك نصت المادة ٨٤٨ صراحة على إخضاع قسمة المهايأة لأحكام الإيجار « من حيث جواز الاحتجاج بها على الغير ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات » .

وعلى ذلك إذا تصرف أحد الشركاء في حقه الشائع بعد قسمة المهايأة تكون هذه القسمة منتجة لأثرها في حقه ، باعتباره خلفا خاصا للشريك المتصرف ، إذا توافرت شروط المادة ٦٠٤ من القانون المدني . وبذلك يلتزم المتصرف اليه بالقسمة إذا كانت سابقة على نشأة حقه ولو لم يكن يعلم بها وقت ترتبه . ولكنها لا تكون نافذة في حقه إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل ترتب حقه تطبيقا للمادة ٦٠٤/١ . ويجوز

(١) لا يمكن اعتبار الشريك في قسمة المهايأة مستأجرا بالمعنى الحقيقي إلا إذا سلمنا بإمكان انقسام محل الحق الشائع على النحو الذي كان يأخذ به فقهاء الرومان ومن بعدهم النظرية التقليدية ، إذ في هذا التصوير وحده يمكن اعتبار الشريك مستأجرا لتصيب شركائه في فترات الجزء الذي يختص به في قسمة المهايأة المكانية أو في كل فترات الشئ في قسمة المهايأة الزمانية . أما إذا سلمنا بأن محل الحق الشائع هو كل الشئ الشائع فلا يمكن اعتبار قسمة المهايأة بنوعيتها من قبيل الإيجار بالنسبة لكل شريك قبل شركائه . ولذلك قلنا ان الشريك يعتبر في مركز قريب أو مثابه من مركز المؤجر ، وشركائه في مركز قريب من مركز المستأجر من حيث قابلية كثير من قواعد الإيجار للتطبيق على هذا المركز .

للمتصرف اليه أن يتمسك بهذه القسمة ولو لم تكن نافذة في حقه
نتيجة لعدم ثبوت تاريخها قبل ترتب حقه (م ٦٠٤ / ٢) .

أما الأهلية اللازمة لصحة القسمة فهي أهلية التأجير والاستئجار
وما يلحق بها ما أحكام الولاية ، على التفصيل الذي نعرفه ^(١) .

وأما حقوق المتقاسمين والتزاماتهم فهي نفس الحقوق والالتزامات
المرتبة على الإيجار . وبذلك تكون الترميمات الضرورية على الشركاء
مجتمعين وتكون الترميمات التأجيرية على الشريك وحده (م ٥٦٧ و
٥٨٢) . ويلتزم جميع الشركاء قبل الشريك الذي اختص بجزء معين
أو بالشيء كله مدة معينة ، بالتسليم والضمان ، كما يلتزم هذا الشريك
قبلهم باستعمال العين فيما أعدت له وبعدم التغيير فيها والمحافظة عليها
وبردها عند انتهاء مدة القسمة . ولكن لا محل بالطبع لتطبيق أحكام
الالتزام بدفع الاجرة .

وأما فيما يتعلق باثبات القسمة فهي تخضع كالأيجار للقواعد
العامة . غير أنه يلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي يضع نظاما خاصا
لاثبات ايجار الأراضي الزراعية فيستلزم الاثبات الكتابي ويسر لطرفي
الايجار الحصول على هذا الاثبات عن طريق لجنة الفصل في المنازعات
الزراعية ، عند رفض أحد الطرفين التوقيع على العقد أو تحريره ، ويجعل
جزاء الإهمال في الالتجاء الى هذا الطريق عدم قبول الدعوى أمام أية
جهة كانت . ويقرر البعض ^(٢) خضوع قسمة المهايأة في الأراضي
الزراعية لهذا الحكم ، بينما يرى البعض ^(٣) أن الحكمة منه ، وهي حماية
المستأجر من استغلال المؤجر ، لا تتوافر في هذه الحالة ، ومن ثم فلا يجب

(١) راجع مذكراتنا في التنظيم القانوني للإيجار السابق الإشارة اليها .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٥٧ و ١٥ من ١٢٨ — قارب اسماعيل قاتم ٢٠١١ : ٧١ ■

(٣) حسن كيره من ٣٤٨ بالهامش ، السنهوري ٢ من ٨٢٢ .

تطبيقه ويتعين تطبيق القواعد العامة في الاثبات ، خاصة وأن المشرع قد نص صراحة في المادة ٨٤٨ من القانون المدني على أن « أحكام عقد الايجار لا تطبق على قسمة المهايأة الا اذا كانت لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة » .

أعمال الانتفاع الصادرة من أغلبية الشركاء :

١٠٥ - اذا كان لمجموع الشركاء السلطة المطلقة في ادارة الشئ الشائع وتوجيه الانتفاع به ، فانه يصعب اتفاق الشركاء جميعا على قرار معين فيما يتعلق بهذه الادارة أو الانتفاع ، اذ يكفي أن يعترض أحدهم حتى يمنع الوصول الى قرار معين في هذا الشأن . وقد كان هذا الوضع يترتب عليه تعطيل ادارة الشئ الشائع والانتفاع به في ظل القانون المدني القديم . لذلك فقد عنى القانون المدني الجديد بتنظيم ادارة الشئ الشائع اذا تعذر الوصول الى اتفاق الشركاء ، فجعل لأغليبتهم الحق في القيام بأعمال الادارة ، وجعل قرار الأغلبية نافذا في حق جميع الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها .

والمقصود بالأغلبية ، أغلبية الأنصبة لا أغلبية عدد الشركاء . فاذا توافرت أغلبية الأنصبة لأحد الشركاء كان له وحده أن يقوم بادارة الشئ الشائع . على أن هذه الأغلبية ، ومدى نفاذ قراراتها في حق الأقلية ، تختلف في أعمال الادارة المعتادة عنها في أعمال الادارة غير المعتادة .

ففي أعمال الادارة المعتادة ، وهي التي لا تقتضى تغييرا جوهريا في الشئ الشائع أو في وجه الانتفاع المخصص له ، تكون الأغلبية اللازمة هي الأغلبية العادية (م ٨٢٨ / ١) . وكما يكون لهذه الأغلبية القيام بأعمال الادارية العادية ، كالتأجير ، بنفسها ، فانه يكون لها أن تختار مديرا من بين الشركاء للقيام بها وتكون أعماله نافذة في حقهم جميعا حتى بعد

القسمة ، ويكون لها أن تضع للإدارة ولحسن الانتفاع بالمال الشائع نظاما يسرى حتى على خلفاء الشركاء سواء كان الخلف عاما أو كان خاصا (م ٨٢٨ / ٢) ^(١) .

وفي هذه الحالة ألزم القانون الأقلية بالخضوع لقرار الأغلبية بصفة مطلقة فلم يجعل لها حق الطعن فيه ، اللهم الا اذا توافرت شروط التعسف في استعمال الحق طبقا للقواعد العامة .

فاذا لم يمكن التوصل الى قرار من الأغلبية ، كان لأى من الشركاء ، منعا لتعطيل الانتفاع بالشئ الشائع ، أن يطلب من المحكمة أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة (م ٨٢٨ / ١) ، كأن تأمر بتأجير الشئ ، أو تأذن لهذا الشريك بالاتفاق على الأرض الى أن يتم نضج المحصول ، ولها أن تعين عند الحاجة من يدير المال الشائع .

وفي أعمال الإدارة غير المعتادة وهى التى تتضمن تعديلا جوهريا فى الشئ أو فى الانتفاع المعد له — وذلك كالبناء فى الأرض ، أو إعادة بناء المنزل لجعله أصلح للاستثمار ، أو تحويل مطعم الى مقهى — فتلزم أغلبية ثلاثة أرباع الأنصبة ، نظرا لخطورة هذه الأعمال . وقد نصت المادة ٨٢٩ / ١ على ذلك بقولها « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة .. »

وقد جعلت هذه المادة على الشركاء الذين توافرت منهم الأغلبية المطلوبة « أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء » وجعلت لمن خالف

(١) ولكن من البديهي أن هذا النظام يمكن تعديله أو الغاؤه بالأغلبية العادية ، وليس من الضرورى أن تكون هى نفس الأغلبية التى قامت بوضع النظام (المهنورى ، بند ٤٩٧) .

من الشركاء « الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان » .
وقد بينت المادة ١/٨٤٩ سلطات المحكمة في هذه الحالة ، فجعلت
لها أن تلغى قرار الأغلبية ان لم تجد مبررا له ، وجعلت لها ، ان رأت
الموافقة عليه ، أن تتخذ ماتراه مناسبا من التدابير ، كأن تشترط تنفيذه
على نحو معين ، أو « ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن
الوفاء بما قد يستحق من التعويضات » .

هذا ويلاحظ أن قسمة المهايأة بنوعيهما تخرج عن حدود سلطة
الأغلبية ، اذ يلزم لها اجماع كل الشركاء ، على نحو ماسبق أن رأيناه ،
باعتبار أنها لا تتضمن مجرد ادارة الشيء الشائع وانما تتعدى ذلك الى
قسمة منفعه .

٢ — الانتفاع الفردي

١٠٦ — لما كان حق الشريك المشتاع يرد على الشيء الشائع
كله وان كان لا يخول الا نسبة معينة من منفعه ، فان لكل شريك
استعمال الشيء كله والحصول على ثماره في حدود النسبة المخولة له
من منفعه . ولكن سلطات الشريك في هذا الشأن مقيدة بسلطات
الشركاء الآخرين المماثلة والتي ترد على الشيء كله أيضا وتخول أصحابها
نسبا معينة من منفعه . وفي هذا الشأن تنص المادة ١/٨٢٦ على أن
« كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما ، وله أن ... يستولى
على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء » (١)

(١) تأثر المشرع في صياغته لهذا النص بالنظرية التقليدية في طبيعة حق الشريك المشتاع ،
تلك النظرية التي ترى أن محله يتمثل في حصة معينة في الشيء . وقد سبق أن رأينا أن
محل هذا الحق هو الشيء المسمى كله (انظر ما تقدم من ١٧١) . لذلك يجب أن يفهم لفظ
الحصة في النص بمعنى « الحق الشائع » بحيث يكون المقصود منه تقرير أن الحق الشائع
الذي لكل شريك يعتبر حق ملكية ، له أن يستأثر به وأن يتصرف فيه ، كما أن له أن يتمتع
بثمار الشيء محل هذا الحق وأن يستثمره بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء الآخرين .
(في هذا المعنى : منضوز مصطفى منصور ، هـ ١ من ١٤٣) .

ويترتب على ذلك أن تقتصر الأعمال التي يمكن للشريك أن يقوم بها على الشيء منفردا على الأعمال التي تتفق وما أعد له الشيء ، ويمكن للشركاء جميعا القيام بها في نفس الوقت دون أن يترتب على قيام أحدهم بها منع الباقيين منها ، كأن يكون الشيء طريقا يستطيع كل شريك أن يمر فيه ، أو أن يكون بثرا يستقى منه ، أو أن يكون غابة يصطاد فيها .

كذلك يكون لكل شريك أن يقوم بمفرده بالأعمال اللازمة لحفظ الشيء ، سواء كانت أعمالا مادية ، كإجراء الترميم وجنى الثمار ، أو كانت أعمالا قانونية ، كالوفاء بدين الدائن المرتهن للشيء الشائع منعا للتنفيذ عليه ، والوفاء بالضرائب المفروضة عليه ، ورفع دعاوى الحيازة على من يعتدى عليه ، وقطع التقادم المكسب للملكية . وقد نصت المادة ٨٣٠ على ذلك بقولها « لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء .

ولكن يصح التساؤل في هذا الصدد عن أساس رجوع الشريك على شركائه بنصيب كل منهم فيما ينفقه في أعمال الصيانة والحفظ . وتذهب المذكرة الإيضاحية ^(١) يؤيدها بعض الشراح ^(٢) إلى أن الأساس هو الفضالة إذا لم يوافق الشركاء الآخرون على عمل الشريك . ولما كان يشترط لأعمال قواعد الفضالة ألا يكون صاحب العمل قد اعترض على عمل الفضولي فقد قصر البعض ^(٣) أعمال هذه القواعد على حالة ما إذا تمت أعمال الحفظ دون علم سائر الشركاء ، أما إذا اعترض باقي الشركاء وقام الشريك بأعمال الحفظ بالرغم من اعتراضهم ، فإنه يرجع عليهم بدعوى الأثراء .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٥ .

(٢) محمد علي مرفه ، بند ٢٢٧ .

(٣) السنهوري ، بند ٤٨٨ .

وذهب أكثر الشراح الى أن الشريك يعتبر نائبا قانونيا عن باقي الشركاء (١) . وقد أخذ على هذا الرأي أنه يضيق عن تفسير الحالات التي تكون فيها أعمال الحفظ أعمالا مادية (٢) . ولكن البعض يرد على ذلك بملاحظة أن النائب القانوني - كالولي أو الوصي - يقوم بأعمال الحفظ سواء تمثلت في أعمال قانونية أم في أعمال مادية (٣) . ويضيف البعض الآخر الى ذلك أن الأعمال المادية ، كالترميم ، تتم عادة عن طريق تصرف قانوني هو اتفاق الشريك مع من يباشر العمل بنفسه .

وذهب البعض الى أن مرجع حق الشريك في الانفراد بهذه الأعمال هو أنه ليس فيها مساس بحقوق الشركاء ، فيستطيع كل شريك أن يقوم بها بمفرده بمقتضى حق الملكية الثابت له على الشيء الشائع كله ، فتكون منفعتها لهذا الشيء كله ويستفيد منها باقي الشركاء بمقتضى مالهم من حق ملكية مماثل على الشيء (٤) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أنه يؤدي في منطقته الى أن يكون أساس الرجوع على الشركاء هو الاثراء بلا سبب .

١٠٧ - على أن الأعم الأغلب من أعمال الانتفاع يترتب عليها المساس بحقوق باقي الشركاء المشتاعين ، ومن ثم لا يجوز للشريك أن يقوم بها منفردا . فإذا قام بشيء من ذلك كان لباقي الشركاء الاعتراض عليها سواء أكانت أعمالا مادية أم كانت أعمالا قانونية .

فلا يجوز للشريك المشتاع أن يقوم منفردا بوضع يده على العين أو على جزء منها للقيام بزراعتها منفردا ، أو بإقامة منشآت أو بالبناء

(١) شفيق شحاته ، بند ١٤٦ ، عبد المنعم البجراوى ، بند ١٢١ ، حسن كيرة ، بند ١٠٨ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٤ .

(٢) اسماعيل غانم ، كابتد ٦٩ ، السنهورى ، هـ ٢ ص ٨٠٦ .

(٣) حسن كيرة ، بند ١٠٨ بالهامش .

(٤) اسماعيل غانم ، بند ٦٩ و ص ١٤٧ هـ ١ .

عليها . فاذا قام بشيء من ذلك فعلا كان لسائر الشركاء ازالة الزرع أو هدم البناء ^(١) ، ولكن يكون لهم بالطبع الابقاء عليها لمصلحتهم مع الاشتراك في نفقاتها كل بقدر حصته . ولا يجوز للشركاء الاستناد الى المادة ٩٢٤ من القانون المدنى توصلا الى دفع قيمة هذه المنشآت مستحقة الازالة أو ما زاد في قيمة الأرض المقامة عليها المنشآت أيهما أقل ، لأن هذه المادة خاصة بالحالة التى يبنى فيها شخص فى ملك غيره مع علمه بذلك بينما الفرض أن الشريك حينما أقام المنشآت قد أقامها فى ملكه . ولذلك لا يكون لبقية الشركاء الخيار الذى تمنحه هذه المادة، وانما يلزمهم المساهمة فيما تكبده شريكهم من نفقات ^(٢) .

ولا يجوز للشريك المشتاع القيام منفردا بتأجير الشيء الشائع أو جزء منه . فاذا قام بذلك كان هذا الايجار غير ملزم لبقية الشركاء ، بحيث يكون لهم الامتناع عن تسليم الشيء الى المستأجر ، ويكون لهم طلب طرده من العين المؤجرة اذا كان قد تسلمها فعلا . ولكن عقد الايجار ذاته يظل صحيحا منتجا لآثاره بين طرفيه ما لم تتوافر شروط الغلط بأن يكون المستأجر معتقدا وقت الاستئجار أن المؤجر مالك للعين ملكية خالصة ويكون هذا الاعتقاد جوهريا فى نظره ، ويكون الشريك المؤجر واقعا فى نفس الاعتقاد أو عالما بأن المستأجر قد وقع فيه أو كان من السهل عليه أن يعلم ذلك . ولذلك اذا كان الايجار واقعا على جزء من الشيء الشائع وتمت القسمة فوقع فى نصيب الشريك المؤجر زال ما يحول دون نفاذ الايجار وأصبح منتجا لكل آثاره . أما اذا وقع فى نصيب الشريك المؤجر جزء آخر فينتقل حق المستأجر الى الجزء الذى

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غاتم بند ٦٩ ، السنهورى ، بند ٥٠٢ .
Aubry et Rau, T. 2, No. 221 ; Baudry Lacantinerie et Chauveau, No. 269 ;
Colin et Capitan et de La Morandière, No. 1036.

(٢) فى هذا المعنى : نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٤٨ ، مجموعة عمر ، ج ٥ ص ٦٩٠ رقم ٢٥٩

وقع في نصيب الشريك المؤجر بقدر يعادل الجزء المؤجر له تطبيقا لنص المادة ٢/٨٢٦ بطريق القياس (١) .

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية ، في ظل القانون القديم ، قد ذهبت الى أنه اذا وضع أحد الشركاء يده على جزء من الشيء الشائع فلا يكون لبقية الشركاء طلب استرداد حيازته منه وانما يكون لهم المطالبة بما يقابل الانتفاع به (٢) ، واذا قام بالبناء عليه فلا يجوز لهم طلب الازالة الى أن تتم القسمة (٣) ، واذا قام بتأجيرها فلا يجوز لهم طلب اخراج المستأجر من العين المؤجرة ، رغم ما في كل ذلك من مساس بحقوق الشركاء (٤) . ومرجع ذلك أنه في ظل القانون المدني القديم كان اجماع الشركاء متطلبا لقيام الشركاء بإدارة الشيء الشائع وهو ما كان يصعب توافره مما كان يترتب عليه تعطيل ادارة الشيء الشائع . وقد أرادت المحكمة تفادي هذا الوضع الضار فأقرت استئثار الشريك بجزء من الشيء الشائع ورفضت ازالة البناء الذي يقيم عليه وتوصلت الى اقرار الايجار الصادر منه ، حتى تتم القسمة ، رغم ما في ذلك من اعتداء على حقوق الشركاء المشتاعين المساوية لحق الشريك الذي قام بهذه الأعمال والتي ترد على الشيء الشائع كله . وواضح أن هذا القضاء لم يكن له سند من الناحية القانونية على ضوء ما نعرفه من طبيعة حق الشريك المشتاع ، ولم يعد له أيضا سند من الناحية الواقعية بعد

(١) ويثور التساؤل عما اذا كان يجوز للشريك أن يؤجر حقه الشائع ، لا الشيء كله ولا جزءا مفردا منه . ويرى البعض جواز ذلك ولكن يتعذر على الشريك أن يسلم هذا الحق الى المستأجر ، فلا يكون للمستأجر — حتى تتم القسمة — أكثر مما للمؤجر ، فيكون الايجار الصادر من أغلبية الشركاء للعين كلها نافذا في حق المؤجر والمستأجر (المسهورى ص ٨٢٨ هـ ٢)

(٢) نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٤٣ ، مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض فى خمسة وعشرين علما ، ج ٢ ، ص ٩٩٢ .

(٣) نقض مدنى ٧ مارس ١٩٤٠ ، المجموعة السابقة ، ص ٩٩١ .

(٤) نقض مدنى ١١ يناير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ٣ ، رقم ٢٤ ، ص ٥٥ . وانظر عكس ذلك أحكام محاكم الاستئناف والمحاكم الكلية والجزئية المشار إليها فى المسهورى ص ٨٢٤ هـ ٣

أن قام القانون المدنى الجديد بتنظيم ادارة المال الشائع تنظيمًا يكفل منع تعطيل الانتفاع به فى حالة اختلاف الشركاء ، عن طريق الاكتفاء بالأغلبية دون تطلب الاجماع لهذه الادارة ، وتخويل القاضى الحق فى تعيين من يدير الشئ الشائع عند الحاجة . لذلك أجمع الفقه على ضرورة تعديل محكمة النقض لموقعها السابق فى ظل القانون المدنى الجديد (١)

نفقات المال الشائع وتكاليفه :

١٠٨ - نصت المادة ٨٣١ على أن « نفقات ادارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوخ أو المقررة على المال ، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . وقد رأينا تطبيقًا لذلك أنه اذا قام أحد الشركاء بمثل هذه النفقات كان له أن يرجع على شركائه كل بقدر حصته .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يردف النص السالف ذكره بقوله : « لكل شريك أن يتخلص من هذه النفقات اذا تخلى عن حصته فى المال الشائع » . ولكن هذه العبارة حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . على أن هذا الحذف لا يمنع من الأخذ بحكمها لأن « فكرة التخلص من التزام متعلق بعين من الأعيان عن طريق التخلية فكرة عامة التطبيق » على نحو ما جاء فى تقرير اللجنة المذكورة (٢) . فان تخلى الشريك عن حصته سقطت عنه النفقات - ما لم تكن راجعة لخطئه -

(١) محمد على عرفة ، ج ١ ، بند ٢٩٣ و بند ٢٩٦ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١١٣ ، اسماعيل غانم ، بند ٦٩ ، حسن كيرة ، بند ١٠٧ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١١٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٥٩ ، السنهورى ، بند ٥٠٢ ، نقض مدنى ١١ يناير ، مجموعة عمر ، ٢ ، رقم ٢٤ ، ص ٥٥ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٦٤ .

وآلت ملكية الحصصة التي تخلى عنها الى الشركاء الآخرين كل
بقدر حصته (١) .

المطلب الثاني

التصرف في الشيء الشائع

١٠٩ - سبق أن بينا أن التصرف في الشيء المملوك اما أن يكون
تصرفا ماديا واما أن يكون تصرفا قانونيا (٢) . ومن الواضح أن
التصرف المادى في الشيء المملوك على الشيوع باستهلاكه أو اعدامه
لا يثبت الا للشركاء مجتمعين ، فاذا قام به أحدهم كان متعديا على
حقوق شركائه وكان مسئولا عما يصيبهم من ضرر من جراء ذلك . وأما
التصرف المادى في الشيء المملوك بالتغيير فيه ، فيدخل في عموم
أعمال الادارة غير المعتادة على النحو السابق تفصيله . وأما التصرف
القانونى ، وهو الذى نعرض له هنا بشيء من التفصيل ، فيختلف حكمه
- مثله فى ذلك مثل الانتفاع بالشيء الشائع - بحسب ما اذا كان
تصرفا جماعيا أو ما اذا كان تصرفا صادرا من شريك على انفراد .

١ - التصرف الجماعى

أعمال التصرف الصادرة من الشركاء مجتمعين :

١١٠ - من البديهي أن يكون للشركاء مجتمعين سلطة التصرف فى

(١) السهنورى ، بند ٤٨٩ ، والمراجع المشار اليها فيه .

ولكن البعض يشكك فى هذا المبدأ على أساس ما قد يؤدى اليه من نتائج غير مقبولة ، كما
اذا تحطمت سيارة مماوكة على الشيوع واتفق الشركاء على اصلاحها وقام أحدهم بالاتفاق
على هذا الاصلاح ثم تبين بعد الاصلاح أنها لا تساوى قيمة ما أنفق عليها ، فان التخلّى
فى هذه الحالة يؤدى الى تحميل الشريك الذى قام بالاتفاق بجميع التفتقات بينما الفرض أنها
اقل من قيمة السيارة التى سينحلها كلها بالتخلّى (منصور مصطفى منصور ، بند ٦١) .

(٢) والتصرف المادى - كما رأينا - هو وحده الذى يدخل فى مضمون الملكية دون
التصرف القانونى الذى لا يعدو أن يكون مقابلا للرخصة المخولة لكل صاحب حق فى التصرف
فى حقه . ومع ذلك فاننا نعرض للتصرف القانونى فى الشيء الشائع فى هذا المكان منعا
لتشتت أحكام الشيوع .

الشيء الشائع بكافة أنواع التصرف ، وسواء كان هذا التصرف بنقل ملكيته كله أو بعضه ، أو بتقرير حق عيني أصلي عليه ، كالاتقاع أو الارتفاق أو بتقرير حق عيني تبعي ، كالرهن .

وإذا كانت سلطة الشركاء مجتمعين المطلقة في التصرف ليست محل جدل ، فقد ثار الخلاف حول مدى أثر التصرفات التي يجريها الشركاء بناء على هذه السلطة . ولا جدال في أنه إذا كان التصرف بنقل ملكية جزء من الشيء بتمامها فإن هذا الجزء يخرج من القسمة التي تجري بعد ذلك . ولكن إذا كان التصرف الذي أجراه الشركاء مجتمعين من التصرفات غير الناقلة للملكية ، كتقرير حق انتفاع أو استعمال أو ارتفاق على الشيء أو حق عيني تبعي عليه ، ثم وقعت القسمة بعد هذا التصرف فاخص كل شريك بجزء من الشيء ، فما مصير هذا الحق الذي قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة ؟

ذهب رأى الى أن من مقتضى مبدأ الاثر الرجعي للقسمة زوال مثل هذه الحقوق بأثر رجعي ، وعلى ذلك يكون لكل شريك ملكية الجزء الذي اختص به خالية من الحق الذي قرره الشركاء مجتمعين قبل القسمة . لذلك يذهب هذا الرأي الى اعتبار نص المادة ١٠٣٩/١ من القانون المدني التي تقضى بأنه يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم امكان قسمته « نصا استثنائيا لا يجوز القياس عليه ولا يسرى على غير الرهن الرسمي من الحقوق ، كالرهن الحيازي ^(١) .

ولكن الواقع أن هذا الرأي يغفل أن التصرف المقرر للحق قد صدر

(١) سليمان مرقس ، التأمينات العينية ، طبعة ٢ ، بند ٢٤٠ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، التأمينات الشخصية والعينية ، طبعة ٢ ، بند ٣٤٥ مكرر ، محمد علي امام ، التأمينات الشخصية والعينية ، بند ٣٢٨ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٣٦ .

من الشركاء بما لهم من ولاية التصرف المطلق في الشيء على اعتبار ان كافة الحقوق على الشيء تنحصر فيهم ، وليس فيه مساس بحق شخص لم يشترك في ابرامه ، ومن ثم فهو لا يتأثر بنتيجة القسمة التي تأتي بعد ذلك . فالمقصود بما يسمى بالأثر الرجعي للقسمة - عند من يأخذون به - هو مجرد حماية الشريك الذي اختص بمقتضى القسمة بجزء من الشيء ، من الحقوق التي يكون قد قررها عليه أحد الشركاء الآخرين أو بعضهم ممن لا تثبت لهم سلطة التصرف المطلق في الشيء ، وفي هذا النطاق يكون عدم نفاذ هذه الحقوق مفهوما على أساس طبيعة الشيوع . هذا فضلا عن أن كل شريك عندما اشترك في رهن العقار لم يقتصر على رهن حقه فيه وانما رهن العقار كله ، لأن محل حقه هو الشيء المملوك على الشيوع كله ، فيكون الرهن الصادر منهم جميعا نافذا في مواجهة الشريك الذي اختص بالعقار في القسمة لا في حدود ما كان لهذا الشريك من حق فقط وانما بالنسبة للعقار كله ، وذلك حتى لو أعملنا الأثر الرجعي للقسمة فاعتبرنا الشريك الذي اختص بالعقار مالكا له منذ بدء الشيوع ^(١) . وعلى ذلك يعتبر نص المادة ١٠٣٩/١ مجرد تطبيق لمبدأ عام تقتضيه طبيعة حق الشريك المشتاع هو مبدأ بقاء التصرف الصادر من كافة الشركاء نافذا بعد وقوع القسمة وأيا كانت تتيجتها دون تفرقة بين التصرف الناقل للملكية والتصرف المنشئ لحق عيني آخر ^(٢) .

أعمال التصرف الصادرة من اغلبية الشركاء :

١١١ - لمجموع الشركاء على هذا النحو سلطة التصرف في الشيء الشائع تصرفا يكون نافذا في حقهم جميعا حتى بعد وقوع القسمة . ولكن

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٦٢ .

(٢) اسماعيل غاتم ، بند ٧٤ ، حسن كيرة ، بند ١١١ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٦ ، شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات العينية في القانون المدني ، طبعة ٢ ، بند ٤٤ ، سمير تناغو ، التأمينات العينية ، بند ٢٥ ، السنهوري ، بند ٥٠٤ و ٥٠٥ .

مثل هذا الاجماع على التصرف قد لا يتوافر رغم ما قد يكون وراء هذا التصرف من أسباب تبرره . لذلك فقد عنى المشرع المصرى فى القانون المدنى الجديد بالنص على أنه يكون « للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع ، أن يقرروا التصرف فيه اذا استندوا فى ذلك الى أسباب قوية ، على أن يعلنوا قراراتهم الى باقى الشركاء . ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان . . . وللحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » .

هذا النص يوفق بين مصلحة الأغلبية ومصلحة الأقلية فيما يتعلق بالتصرف ، فيجعل للأغلبية سلطة فى تقرير التصرف ويجعل للأقلية سلطة الطعن فى قرار الأغلبية .

فالأغلبية الشركاء المتمثلة فى ثلاثة أرباع الشئ الشائع أن تقرر التصرف فيه أيا كان نوع التصرف . على أنه يشترط لتحويل الأغلبية هذه السلطة أن تكون هناك « أسباب قوية » تبرر التصرف ، كأن تعرض فرصة مواتية لبيع الشئ بثمان مرتفع أو يحتاج الانتفاع بالشئ الشائع أو تحسينه الى رهنه ضمانا للقرض اللازم لذلك .

وقد أوجب النص على الأغلبية أن تعلن قرارها للأقلية وجعل للأقلية سلطة الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من الاعلان . وطبيعى أن الأقلية فى رجوعها الى المحكمة قد تطلب القسمة أو الغاء قرار الأغلبية .

فاذا طلبت الأقلية القسمة فلا جدال فى أنه على المحكمة أن تنظر فى أمر هذه القسمة ومدى امكان اجرائها دون ضرر بمصالح الشركاء . فاذا كانت القسمة ممكنة دون ضرر بمصالح الشركاء أمرت بها ، ولو كان هناك اتفاق على البقاء فى الشيوع لم ينته أجله ، لأن سلطة الأغلبية فى التصرف

سلطة استثنائية فيجب تمكين الشريك المعارض من الخروج من الشيوخ ما دام خروجه لا يضر ببقية الشركاء . أما اذا كان فى القسمـة ضرر بمصالح الشركاء فانه يتعين على المحكمة استبعادها والنظر الى قرار الأغلبية بالتصرف ، فان وجدت أن هذا القرار يستند لأسباب قوية أقرته وان لم تجده كذلك ألقته . كل هذا يستفاد من العبارة الأخيرة من المادة ٨٣٢ التى تنص على أنه « للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ، أن تقدر تبعا للظروف ما اذا كان التصرف واجبا » .

أما اذا طلبت الأقلية الغاء قرار الأغلبية دون أن تطلب القسمـة فقد ثار الخلاف حول ما اذا كان من سلطة المحكمة — قبل أن تبحث فى قرار الأغلبية — أن تبحث فى امكان القسمـة دون ضرر بمصالح الشركاء وأن تأمر بها فى حالة تحققها من ذلك على غرار الحالة الأولى . فذهب رأى الى اثبات هذه السلطة للمحكمة حتى فى هذه الحالة تأسيسا على أن العبارة الأخيرة من المادة ٨٣٢ التى تثبت للمحكمة هذه السلطة قد جاءت عامة بحيث تشمل الحالتين ^(١) . وذهب رأى آخر الى أنه لا ينبغى أن تفرض المحكمة القسمـة على الشركاء اذا لم يطلبها أحدهم ، ولذلك يتعين على المحكمة فى هذه الحالة النظر مباشرة الى قرار الأغلبية المطعون فيه لاقارره أو الغائه بحسب ما اذا كان يستند أو لا يستند لأسباب قوية . ويستند هذا رأى الى أن العبارة الأخيرة من المادة ٨٣٢ يجب أن تفسر على ضوء العبارة الأولى منها الخاصة باشتراط وجود أسباب قوية لاثبات سلطة الأغلبية فى التصرف ، وعلى ذلك يكون المفهوم من سياق هذه المادة أن الفقرة الأخيرة منها خاصة بالحالة التى تتمثل فيها معارضة الأقلية فى طلب الخروج من الشيوخ ^(٢) .

(١) حسن كيرة ، ص ١١٢ بالهامش ، المنهورى ، بند ٥٠٩ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٥ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٤ .

وقد أثارت هذه المشكلة أثناء الأعمال التحضيرية لمراجعة القانون المدني ، فذهبت اللجنة الفرعية الى تعديل نص المادة ٨٢ بالنص صراحة على الزام المحكمة بالنظر في قسمة المال الشائع عينا في جميع الأحوال . ولكن لجنة المقررين انحازت الى الرأي المخالف ورأت الإبقاء على نص المادة ٨٣٢ دون تعديل على اعتبار أنه لا يجعل للمحكمة سلطة الأمر بالقسمة اذا لم يطلبها أحد الشركاء ، ووافقتها اللجنة العامة على ذلك . وفي رأينا أنه ما دامت اللجنة قد انحازت الى هذا الرأي فقد كان عليها تعديل نص المادة ٨٣٢ بما يتفق معه ، اذا أن صياغة هذا النص أقرب الى الرأي الأول .

٢ - التصرف الفردي

١١٢ - قد يتصرف الشريك في حقه الشائع ، وقد يتصرف في جزء مفرز من الشيء الشائع أو فيه كله . ويتصرف الشريك في حقه الشائع لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين ، بينما يمس تصرفه في جزء مفرز من الشيء الشائع أو فيه كله بهذه الحقوق . لذلك كان من الطبيعي أن يختلف حكم التصرف في الحالتين .

التصرف في الحق الشائع :

١١٣ - لما كان الشريك يملك حقه الشائع دون أن يشاركه بقية الشركاء فيه ، وان شاركوه في الشيء الشائع من حيث هو محل لهذا الحق كما هو محل لحقوقهم ، فانه يكون له التصرف فيه باعتباره كذلك . فالشريك المشتاع في تصرفه انما يستعمل الرخصة المخولة لصاحب كل حق في التصرف في حقه ، وهذا التصرف يكون نافذا في حق بقية الشركاء دون حاجة الى موافقتهم اذ ليس فيه مساس بحقوقهم . وقد نصت على ذلك

المادة ١/٨٢٦ بقولها « كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها » .

ومبدأ تصرف الشريك المشتاع في حقه الشائع يشمل جميع أنواع التصرفات التي يتصور ورودها على الحق الشائع في ذاته دون أن تتعدى ذلك الى التصرف في الشيء الشائع أو في جزء مفرز منه وتمس بذلك حقوق بقية الشركاء . فيجوز أن يكون التصرف ناقلا للملكية ، كالبيع والهبة ، ويجوز أن يكون مقرا لحق من الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية كالانتفاع ، أو من الحقوق العينية التبعية كالرهن . فكل هذه التصرفات يمكن أن ترد على الحق الشائع دون مساس بالشيء الشائع المحمل به حقوق الشركاء الآخرين . ولكن لا يجوز أن يكون التصرف بتقرير حق ارتفاق ، فحق الارتفاق يتحمل به العقار الخادم كله لصالح العقار المخدم كله مما يترتب عليه المساس بحقوق الشركاء على العقار (١) .

١١٤ - فإذا كان التصرف في الحق الشائع من التصرفات الناقلة للملكية ، كالبيع مثلا ، فإن هذا التصرف يكون نافذا في مواجهة سائر الشركاء دون حاجة الى اعلانهم به . فلا محل للقياس على المادة ٣٠٥ التي تقضى بأن حوالة الحق لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو أعلن بها ، اذ أن هذه المادة خاصة بحق الدائنية الذي يترتب في ذمة مدين معين ، بينما حق الشريك المشتاع يرد مباشرة على الشيء الشائع في ذاته وليس حق دائنية قبل باقى الشركاء (٢)

(١) عبد المنعم البدرأوى ، بند ٢٨٠ ، اسماعيل غلام ، بند ٧٩ ، حسن كبره ، بند ١٢٠ ، المنهوى ، بند ٥١٣ .

(٢) ويلاحظ أن الشيوع قد يكون واردا على مجموع من الاشياء ، فيتصرف أحد الشركاء في حقه الشائع في أحدها دون بقية الاشياء . وفي هذه الحالة يلزم لفض الشيوع اجراء قسمة الشيء الذى بيع حق أحد الشركاء فيه بين المشتري وبقية الشركاء وقسمة اخرى لبقية الاشياء الشائعة بين جميع الشركاء . وتجنبنا لهذا التعقيد قضت بعض التشريعات

وينتقل الحق الشائع بمجرد التعاقد اذا تعلق الأمر بمنقول ، ويلزم تسجيل التصرف لهذا الانتقال اذا تعلق الأمر بعقار . ويصبح المتصرف اليه بمجرد انتقال الحق الشائع اليه شريكا لباقي الشركاء ، فتكون له كل حقوق الشريك والتزاماته ، ويثبت له حق طلب القسمة ، ويجب على باقي الشركاء اختصاصه في دعواها . والعبرة في هذا الشأن بتسجيل القسمة . فاذا كان قد سجل حقه قبل تسجيل القسمة الحاصلة من الشركاء فلا يحتج عليه بها ولو كانت قد تمت بالفعل قبل تسجيل حقه ما دامت لم تسجل الا بعد تسجيل حقه ، ويكون له طلب اجراء القسمة من جديد ^(١) . ويلاحظ أنه اذا كان التصرف لشريك وعلى سبيل المعاوضة ، وترتب عليه انتهاء الشيوع ، اعتبر من قبيل القسمة وسرت عليه أحكامها .

كذلك يلاحظ أن المشرع قد خول الشركاء في حالة بيع أحدهم حقه الشائع لأجنبي ، الحق في الحلول محل هذا الأجنبي في البيع ، حتى لا يتضرر هؤلاء من مشاركة الأجنبي لهم . وسوف نعرض لهذا الحلول بالتفصيل عند دراسة مصادر الملكية ^(٢) .

واذا كان التصرف في الحق الشائع بترتيب حق انتفاع ، ثبت للتصرف اليه استعمال الحق الشائع واستثماره بما يتبع ذلك من اشتراك في الادارة ، فتكون له أعمال الادارة المعتادة بحيث يحسب صوته في حساب الأغلبية

بأنه لا يجوز التصرف في حق شائع في شيء داخل مجموع من المال الا باتفاق الشركاء (التفتين الألماني في المادة ٢٠٢٣ منه) وقد أيدت محكمة النقض صحة التصرف من أحد الشركاء في حقه الشائع في شيء داخل ضمن مجموع من الأشياء الشائعة (نقض مدني ١٩٥٥/١٠/٢٠ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٦ ، رقم ١٨٥ ، ص ١٢٧٥) .

(١) نقض مدني ١٩٦٥/١٢/٢ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١٦ ، رقم ١٨٤ ، ص ١١٧٢ .

(٢) يلاحظ أن هذا الحلول يتم عن طريق الشفعة اذا كان الحق الشائع المبيع واردا على عقار ، وفقا لنص المادة ٩٣٦ التي تنص على أن « يثبت الحق في الشفعة ... (ب) للشريك في الشيوع اذا بيع شيء من العقار الشائع الى أجنبي ... » . أما اذا كان الحق الشائع واردا على منقول أو على مجموع من المال ولو كان من بينه عقار ،

العادية في هذه الادارة ، وفي قسمة المهايأة (١) . أما الرقبة فتظل للشريك المتصرف ويكون له ممارسة ما يقابلها من سلطات ، وهي المتعلقة بالادارة غير المعتادة والتصرف وطلب القسمة . واذا تمت القسمة قبل انتهاء الانتفاع ، انتقل حق المنتفع الى الجزء المفروز الذي يؤول الى مالك الرقبة ، بمقتضى الحلول العيني (٢) .

١١٥ - واذا كان التصرف في الحق الشائع برهنه كان هذا الرهن خاضعا للقواعد العامة في الرهن من حيث سريانه على الغير . ويلاحظ أنه اذا كان الرهن حيازيا فيلزم أن يحوز الدائن المرتهن الشيء المرهون حتى يمكن القول بحيازته للحق الشائع ، اذ الحيازة شرط لنفاذ الرهن الحيازي على الغير . ولكن مثل هذه الحيازة تكون مستحيلة لمساسها بحقوق الغير ، ومن ثم فلا سبيل لنفاذ الرهن الحيازي الا أن يتفق الشركاء والدائن المرتهن على أن يعهد بالشيء الشائع الى أحد الشركاء يحوزه بالنسبة لحق الشريك الراهن نيابة عن الدائن المرتهن تطبيقا لحكم المادة ١١٠٩/١ التي تنص على أنه « يجب لنفاذ الرهن (الحيازي) في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان » . ويصبح الرهن نافذا في حق الشركاء دون انتظار للقسمة فيكون للدائن المرتهن اذا حل أجل الدين قبل القسمة التنفيذ على الحق الشائع يبيعه في المزاد

فلا محل لشفعة التي لا تثبت الا في العقار . ولذلك فقد عنت المادة ٨٣٣ مدني بتحويل الشركاء الحق في استرداد الحق الشائع المبيع في هذه الحالة اذ نصت على أنه « ١ - للشريك في المنقول الشائع أو المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لاجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ علمه بالمبيع أو من تاريخ اعلانه به . ويتم الاسترداد باعلان يوجه الى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته اذا « عوضه عن كل ما أنفقه .

٢ - واذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته » . وسوف نرى ما بين الشفعة والاسترداد من فروق عند دراسة احكامهما .

(٣) ولكن قسمة المهايأة في هذه الحالة لا تصبح قسمة نهائية بمضى مدة خمس عشرة سنة والا كان في ذلك مساس بملكية الشريك للرقبة .

(٤) السنهوري ، بند ٥١٣ .

واقترض دينه بالأولوية من ثمنه • أما اذا أجريت القسمة قبل أن ينفذ الدائن دينه على الحق الشائع ، فإن حقه يتركز في الجزء المفروز الذي اختص به الشريك الراهن في حدود الحصص المرهونة ^(١) ، كأثر للقسمة ، تأسيسا على أن حق الشريك نفسه يتركز في هذا الجزء ^(٢) • وإذا كان محل الشيوع مجموعا من الأشياء وورد الرهن على حصة في أحدها ثم وقع في نصيب الشريك الراهن شيء آخر غير ذلك الذي رهن فيه حصته الشائعة انتقل الرهن من الحصص الشائعة الى الشيء الذي اختص به الشريك الراهن اعمالا لفكرة الحلول العيني • وقد نصت على هذا الفرض المادة ١٠٣٩/١ من القانون المدني فيما يتعلق بالرهن الرسمي •

وإذا ترتب على القسمة أن يختص الشريك الراهن بمبلغ من النقود في مقابل حصته ، كان للدائن المرتهن أن يستوفي دينه من هذا المقابل اعمالا لفكرة التأمين العيني الذي يخول للدائن أفضلية على كل ترجمة نقدية للشيء المرهون ، أما اذا ترتب على القسمة أن تحدد نصيب الراهن بالمنقولات واختص شريك آخر بالثمن الذي رسا به المزاد كله ، فإن الرهن ينتقل الى هذه المنقولات اذا كان الرهن حيازيا • أما اذا كان الرهن رسميا فإن المنطق يؤدي الى عدم انتقاله الى ما اختص به الراهن من منقولات في هذه الحالة بحيث ينعدم أثره ، إذ الرهن الرسمي لا يرد على المنقولات

(١) منصور مصطفى ، بند ١٧ •

ومع ذلك فيرى البعض ن نصيب الراهن ، سواء شمل العقار أو جزءا منه يتجاوز الحصص المرهونة ، يصبح محلا للرهن (انظر المراجع المشار في منصور مصطفى ، ص ١٦٤ • هـ ٢) •

(٢) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ٨١ ، حسن كيرة ، بند ١٢٠ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٣١ ، شمس الدين الوكيل ، التأمينات العينية ، ج ١ ص ١١٢ • ومع ذلك يذهب أستاذنا الدكتور منصور مصطفى منصور في رسالته نظرية الحلول العيني (فقرة ١٣٨ ، ص ٢٣٣) وحق الملكية (ص ١٦٦ ، هـ ٢) الى اعتبار تركيز حق الدائن المرتهن بالقسمة في الجزء الذي آل الى الراهن ، تطبيقا لفكرة الحلول العيني قولاً بأن « القسمة لا ترد (على الرهن) لأنه ليس شائعا على محله وهو حق الملكية ... والقسمة لا يتعدى أثرها محل أي استبدال ملكية مفروزة بحصة شائعة ، وأما انتقال الرهن فهو مقتضى الحلول العيني » • في هذا المعنى أيضا : السنهوري ، هـ ١ ، ص ٨٤٨ •

فلا يمكن القول بالحلول . وهذه نتيجة غير مقبولة كان على المشرع أن يتفادها بنص يقضى بانتقال حق الدائن المرتهن الى كل ما يقع في نصيب الراهن أيا كانت طبيعية ولو تحول الرهن الى رهن حيازي ^(١) .

التصرف في الشيء الشائع مفرزا :

١١٦ - حق الشريك المشتاع حق ملكية يرد على الشيء كله ويتحدد بنسبة معينة من مجموع ما يخوله من مزايا ، ولكن كلا من الشركاء له حق مماثل على نفس الشيء . وعلى ذلك فاذا تصرف الشريك منفردا في جزء مفرز من الشيء الشائع أو فيه كله ، فانه يتصرف في حقه ولكنه يتصرف في نفس الوقت في حقوق شركائه . وهذا المنطق يؤدي - طبقا لأحكام القانون المدني المصري فيما يتعلق بالتصرف في ملك الغير بوجه عام - الى صحة التصرف فيما يتعلق بحق الشريك في الشيء الشائع أو في الجزء المتصرف فيه منه ، وبطلانه بالنسبة لحقوق الشركاء الآخرين في هذا الشيء أو الجزء المتصرف فيه ^(٢) . ومع ذلك فأحكام القانون الوضعي تختلف في هذا الصدد عن منطق هذا التحليل . ونعرض لهذه الأحكام فيما يتعلق بالعلاقة بين المتعاقدين ثم بالنسبة للغير :

حكم تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع أو في جزء مفرز منه في العلاقة بين طرفيه :

١١٧ - تنص المادة ٨٢٦/٢ على أنه « اذا كان التصرف منصبا على

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٧ .

(٢) في هذا المعنى : عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٦ ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٠ هـ ، سليمان مرقص ومحمد على امام ، عقد البيع ، بند ٢٨٧ . وأنظر في أن تصرف الشريك في كل الشيء الشائع أو في جزء مفرز منه لا يعتبر أصلا تصرف في ملك الغير ، على أن حق الشريك المشتاع لا يختلف عن حق المالك العادي الا في تقييد المالك في استعمال سلطاته لحقوق الشركاء الآخرين : اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كبره ، البحث السابق ، بنده . انظر الخلاف حول مدى تميز حق ملكية الشريك المشتاع عن حق المالك العادي فيما سبق .

جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذي آل الى المتصرف بطريق القسمة . وللمتصرف اليه اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، الحق في ابطال التصرف » .

وقد اختلف الشراح في استنباط حكم تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من الشيء الشائع في العلاقة بين طرفيه على ضوء هذا النص . فذهب رأى الى بطلان التصرف على أساس أنه تصرف في حق الغير ، أخذا بمنطق التحليل السابق ذكره ، وعلى أساس أن المادة ٨٢٦ لا تتعرض لحكم التصرف الا بعد القسمة ^(١) .

وذهب رأى آخر - وهو ما تؤيده - الى أن تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من الشيء الشائع يعتبر تصرفا صحيحا منتجاً لآثاره في العلاقة بين طرفيه . فالمادة ٨٢٦ لا تجيز الإبطال الا اذا كان المتصرف اليه يجهل أن المتصرف يملك الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة دون تفرقة بين الفترة السابقة على القسمة والفترة اللاحقة عليها ^(٢) .

هذا فضلا عن أنه لا يمكن التفرقة بين حكم التصرف قبل القسمة وبعدها - بصرف النظر عما اذا كان نص المادة ٨٢٦ يشمل الفترة اللاحقة للقسمة أو يشمل أيضا الفترة السابقة عليها - إذ أن في ذلك تعليقا لصحة التصرف أو بطلانه على نتيجة القسمة وهي أمر لاحق لانعقاده ، مع أن

(١) سليمان مرقص ومحمد على امام ، بند ٢٨٧ ، عبد المنعم فرج الصده ، بند ١٢٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩٩ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كبره ، بند ١١٨ ، وبحثه السابق ، بنده ، شفيق شحاته ، بند ١٤١ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٣٢ ، السنهوري ، بند ٥٣١ ، نقض مدنى ١٩٥٠/١٢/٧ ، مجموعة أحكام النقض ، ٢ ، رقم ٢٧ ص ١٢٨ .

بطلان التصرف يجب أن يرجع الى عيب يلحق به وقت انعقاده (١) .

ولا شك لدينا بعد ذلك أن صحة تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من الشيء طبقا للمادة ٨٢٦ قد جاءت على خلاف القواعد العامة من بطلان التصرف في ملك الغير (٢) .

غير أن بعض الفقه يذهب الى أن المقصود بصحة البيع الصادر من الشريك في جزء مفرز من الشيء ، ليس صحته باعتباره كذلك ، ولكن صحته باعتباره ييعا لحق الملكية الشائع الذي يكون للشريك . بعبارة أخرى يرى هذا الفقه أنه اذا كان التصرف ييعا لجزء مفرز فان هذا البيع يتحول الى بيع للحق الشائع بحيث يصبح المشتري مالكا على الشيوع بنسبة الجزء الذي اشتراه في حدود حق الشريك البائع ويصبح بالتالى شريكا للشركاء الآخرين ، ويعتبر البيع باطلا فيما جاوز هذه الحصة لصدوره من غير المالك (٣) . وواضح أن هذا الرأي يخالف الارادة الحقيقية والظاهرة للمتعاقدين . وهو كذلك يخالف نص المادة ٨٢٦/٢ . فهذه المادة تتعرض لحالة القسمة بعد التصرف وتنص على أن حق المتصرف اليه ينتقل الى الجزء الذي آل الى المتصرف بمقتضى القسمة ، مما يدل على أن المتقاسم هو الشريك المتصرف وليس المتصرف اليه وان المتصرف لا زال بالتالى شريكا لبقية الشركاء . فلو كان التصرف يصح

(١) لا يتصور ربط مصير التصرف بأمر لا حق على انعقاده الا في حالة الشرط الواقف ، وهو ما يرفضه بعض أنصار فكرة البطلان صراحة باستبعادهم لحالة الشرط الواقف من نطاق البحث . (أنظر منصور مصطفى منصور ، بند ٦٨) .

هذا ، ويلاحظ — كما قلنا — ان القول بالبطلان لا يستقيم من ناحية المنطق الا بالنسبة لحقوق الشركاء الآخرين . أما بالنسبة لحق الشريك المتصرف فانطلق يؤدي الى صحة التصرف .

(٢) ولعله كان من المناسب تصحيح التصرف في ملك الغير بصفة عامة والاكتفاء بكونه غير نافذ في حق هذا الغير . ففى مثل هذا الحكم ما يقضى على الاشكالات الناتجة عن حكم التصرف في ملك الغير مع ضمان الحماية اللازمة للغير المتصرف في ملكه .

(٣) أنور سلطان ، عقد البيع ، الطبعة ٢ ، بند ٤١٤ ، عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٢٢ .

على اعتبار أنه تصرف في الحق الشائع وليس في الجزء المفرز الذي ورد عليه التصرف لكان المتقاسم هو المتصرف اليه باعتباره شريكا لبقية الشركاء .

١١٨ - وترجع قابلية تصرف الشريك المشتاع في جزء مفرز من الشيء للإبطال لمصلحة المتصرف اليه ، اذ كان يجهل أن المتصرف لا يملك الشيء المتصرف فيه ملكية مفرزة ، الى القواعد العامة في الغلط . ولذلك اذا تمت القسمة قبل الحكم بإبطال التصرف ووقع الجزء المتصرف فيه في نصيب المتصرف ، فلا يجوز الحكم بالإبطال تطبيقا للمادة ١٢٤ التي تقضى بأنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يوجبه حسن النية . وتطبيقا لنفس الحكم لا يجوز القضاء بالإبطال أيضا اذا أقر سائر الشركاء تصرف شريكهم لأن هذا الاقرار يجعل التصرف في حكم التصرف الصادر منهم جميعا ، أو اذا تلقى الشريك ملكية الجزء الذي تصرف فيه لأي سبب كان .

١١٩ - واذا كان نص المادة ٨٢٦ لم يتعرض الا لحالة تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع ، فان حكمها يسرى أيضا على حالة تصرف الشريك المشتاع في كل الشيء الشائع . ولا يقال في هذا الصدد ان عدم النص على حكم التصرف في كل الشيء الشائع يبيح الأخذ بالحكم الذي يمليه تحليل حق الشريك على الشيوع ، واعتبار التصرف في الشيء الشائع باطلا في حدود حقوق باقي الشركاء ، على أساس أنه تصرف في ملك الغير ^(١) ، لا يقال ذلك لأنه لا يوجد ما يبرر التفرقة بين التصرف في الشيء كله وبين التصرف في جزء مفرز منه ^(٢) .

(١) أنور سلطان ، بند ٤١٣ ، شفيق شحاته ، بند ١٤٣ ، محمد على عرفه ، بند ٣٠٣ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٣٥ ، عبد المنعم مريج الصدة ، بند ١٢٤ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٧٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٨٧ . انظر أيضا: السنهوري ، بند ٥٣ . ومع ذلك فهو يرى نفاذ البيع في حق الشركاء الآخرين بالنسبة لحق الشريك المشتاع بحيث يعتبر شريكالهم (بند ٥٣٥) .

١٢٠ - على أن تصرف الشريك في جزء مفرز من الشيء الشائع أو في الشيء كله وإن اعتبر صحيحا بحسب الأصل - ما لم يتوافر الغلط - بالرغم من وروده على حقوق الغير فيما يتعلق بحقوق الشركاء الآخرين ، وخلافا للقواعد العامة التي تقضى ببطان التصرف في ملك الغير - كأصل عام - إلا أن هذا التصرف لا يمكن أن يكون له من الأثر سوى ترتيب التزامات شخصية بين طرفيه ، دون أن يرقى الى ترتيب الآثار العينية للتصرف بنقل الملكية الى المتصرف اليه ، ما لم يقر التصرف باقى الشركاء أو يملك المتصرف الجزء المتصرف فيه ملكية مفرزة بأى سبب من الأسباب (١) .

ومع ذلك فقد ذهب البعض الى أن تصرف الشريك المشتاع يترتب عليه أثره العيني - بانتقال الملكية - قبل الكافة عدا بقية الشركاء (٢) .

فاذا تمت القسمة ، فقد رتب المشرع في المادة ٨٢٦/٢ على صحة التصرف الصادر من الشريك المشتاع في جزء مفرز من الشيء الشائع ، أنه اذا وقع هذا الجزء في نصيب المتصرف ثبت حق المتصرف اليه على هذا الجزء ، أما اذا « لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف اليه من وقت التصرف الى الجزء الذى آل الى المتصرف بطريق القسمة » . ومعنى ذلك أنه في هذه الحالة الأخيرة ينتقل حق المتصرف اليه الى قدر ما وقع في نصيب المتصرف يعادل قيمة الجزء الذى تصرف فيه . وتفسير ذلك - فيما يذهب اليه الفقه الغالب - أن المشرع قد اتخذ من فكرة الحلول العيني وسيلة للابقاء على أثر التصرف الصحيح الصادر من الشريك رغم أن القسمة قد أسفرت عن وقوع الجزء المتصرف فيه في نصيب

(١) في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ١٩٩ ، ٢ هـ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ .

(٢) حسن كيرة ، بند ١٢٢ بالهامش ، وبحثه المشار اليه ، بند ٧ . وانظر في نقد هذا الرأي وما يترتب عليه من صعوبات عملية ونتائج شاذة : اسماعيل غانم ، الموضع السابق ، منصور مصطفى منصور ، ص ١٧٤ ، بندا .

شريك آخر ، مما لا يكون معه هذا التصرف نافذا في حقه ، وذلك باحلال
الجزء الذى وقع في نصيب الشريك المتصرف محل الجزء المتصرف فيه
أصلا (١) .

غير أن التسليم بأن التصرف في جزء مفرز لا يرتب سوى التزامات
وحقوق شخصية ، قد يحول دون اعمال فكرة الحلول العينية في هذه
الحالة . لذلك يذهب رأى آخر الى الاكتفاء بالقول بأن المشرع قد قضى
بتنفيذ الالتزام بنقل الملكية ، أو اعطاء الحق بصفة عامة ، على غير محله
الذى ورد عليه ابتداء (٢) .

وقد بينت المادة ١٠٣٩/٢ اجراءات انتقال حق المتصرف اليه اذا كان
التصرف الصادر من الشريك رهنا رسميا بنصها على أنه « اذا رهن أحد
الشركاء ... جزءا مفرزا من العقار (الشائع) ، ثم وقع في نصيبه عند
القسمة أعيان غير التى رهنها انتقل الرهن بمرتبه الى قدر من هذه الأعيان
يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا في الأصل ، ويعين هذا القدر بأمر
على عريضة ، ويقوم الدائن المرتهن باجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذى
انتقل اليه الرهن في خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى
شأن بتسجيل القسمة . ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر
من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين » . ويذهب الفقه الى اتباع هذه
الاجراءات أيا كان التصرف الصادر من الشريك ، بطريق القياس (٣) .

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٧ ، حسن كيره بند ١٢٢ ، ص ٣٢٨ ، هـ ١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٦٩ ، ورسالته في الحلول العينية في القانون المدنى
المصرى ، بند ٩٦ . وقارب المسهورى ، بند ٥٣ .

(٣) يلاحظ أن التصرف ينتقل وفقا للمادة ٢/٨٢٦ الى جزء من العقار ذاته ، بينما
للرهن وفقا للمادة ٢/١٠٣٩ قد ينتقل الى عقار مستقل تماما عن العقار الذى ورد الرهن
ابتداء على جزء منه . ويرى البعض (منصور مصطفى منصور ، بند ٧٠) أن حكم المادة
٢/١٠٣٩ محل نظر لان المشرع لم يشترط لانتقال الرهن الى عقار مستقل عن العقار
المرهون أن يكون الجزء المرهون في العقار الاول مساويا في القيمة لحق الراهن فيه ، مما قد
يضر ، دون مبرر مقبول ، بدائنى الراهن الذين أرتهنوا منه أثناء الشيوع حقه في العقار
انذى ينتقل اليه الرهن .

حكم تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع أو في جزء منه بالنسبة لبقية الشركاء :

١٢١ - إذا كان تصرف الشريك المشتاع في الشيء الشائع أو في جزء منه يعتبر تصرفا منه فيما لا يملك ورغم ذلك يعتبره المشرع تصرفا صحيحا مرتبا لآثاره بين عاقدية ، فلا شك أن في هذا التصرف مساس بحقوق الشركاء الآخرين الذين لهم حقوق على الشيء الشائع مثلهم في ذلك مثل الشريك المتصرف . والقاعدة العامة أن كل عمل من الأعمال يقوم به الشريك منفردا على الشيء الشائع ويترتب عليه المساس بحقوق شركائه يكون غير نافذ في حقهم . ويترتب على ذلك أنه إذا قام أحد الشركاء ببيع الشيء الشائع أو جزء مفرز منه أو قام برهنه أو بإنشاء حق عيني آخر عليه فلا يكون للمشتري أو الدائن المرتهن أو صاحب الحق العيني الآخر أن يحتج بحقه على بقية الشركاء سواء قبل القسمة أو بعدها ، ويكون لهؤلاء أن يصدروا في تصرفاتهم على أساس عدم وجود التصرف ، بل ويكون لهم إذا ما كان التصرف بيعا مثلا واستطاع الشريك البائع تسليم الشيء الشائع أو الجزء الذي باعه منه إلى المشتري أن يرفعوا عليه دعوى الاستحقاق للاعتراف بحقوقهم فيه باعتبار هذه الحقوق ترد على الشيء كله ، لا للحصول على جزء مادي معين منه يعادل حصة كل منهم ، دون انتظار لنتيجة القسمة .

على أن محكمة النقض المصرية لم تأخذ بهذه القاعدة المنطقية الواضحة في ظل القانون المدني القديم . فقد ذهبت إلى أنه ليس للشريك أن يرفع دعوى الاستحقاق إلا بعد القسمة ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب الشريك البائع (١) .

(١) انظر :

نقض مدني ١٩٣٢/٦/١٦ :	مجموعة القواعد القانونية	ج ١ ، ص ٢٧٤ ،
نقض مدني ١٩٤٩/٢/١٥ :	المجموعة السابقة	ج ١ ، ص ٢٧٤ ،
نقض مدني ١٩٥٠/١٢/١٧ :	المجموعة السابقة	ج ١ ، ص ٢٧٥ ،
نقض مدني ١٩٥٥/٦/٣٠ :	المجموعة السابقة	ج ١ ، ص ٢٧٥ ،

والواقع أن هذا القضاء ينبع من نفس الرغبة التي حدت بالمحكمة في ظل القانون القديم الى اجازة أعمال الادارة الصادرة من الشريك منفردا رغم ما يكون فيها من مساس بحقوق الشركاء الآخرين ، والتي سبقت الإشارة اليها ، وهي تمكين الشريك من الحصول على أقصى ما يستطيع من منافع الشيء الشائع . ولقد كان مبعث هذه الرغبة أن القانون المدني اتقديم كان يستلزم اجماع الشركاء للوصول الى قرار ملزم في ادارة الشيء الشائع أو التصرف فيه مما كان يترتب عليه أنه كانت تكفى معارضة واحد من الشركاء مهما قل نصيبه لتعطيل الانتفاع بالشيء الشائع أو التصرف فيه . وقد بينا كيف أن المشرع قد تجنب مثل هذا الوضع الضار بتمكين الأغلبية من اتخاذ قرار ملزم سواء فيما يتعلق بالادارة أو التصرف . ولذلك لم يعد لهذا القضاء سند من القانون أو من الواقع ، ويتعين القول بأن تصرف الشريك المشتاع في الشيء الشائع أو في جزء مفرز منه لا ينفذ في حق الشركاء المشتاعين بكل ما يحمل عدم النفاذ من نتائج قانونية ^(١) .

على أنه يلاحظ أنه اذا تعلق التصرف بمنقول وحازه المتصرف اليه ، من مشتر أو دائن مرتهن ، بحسن نية ، فانه يكتسب الملكية أو الرهن بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز (م ٩٧٦ / ١ و ١١٨) ، مما يعطل اعمال مبدأ عدم نفاذ البيع أو الرهن في حق الشركاء الآخرين من الناحية العملية .

المبحث الثاني

القسم

١٣٣ - رأينا كيف أن الشيوع كثيرا ما يكون سببا في تعطيل الانتفاع بالشيء الشائع . صحيح أن المشرع المصري قد تفادى الى حد كبير هذا التعطيل بتحويله أغلبية الشركاء حق اتخاذ قرار يسرى على الأقلية فيما

(١) اسماعيل غانم ، بند ٧٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩ ، والمراجع المشار اليها في ص ١٧٨ هـ ٢ . وانظر ذلك في اصرار محكمة النقض على موقفها حتى في ظل القانون المدني الجديد : نقض مدني ١٩٥٥/٦/٢٨ . مجموعة أحكام النقض ، ص ٧ ، رقم ١٠٧ ، ص ٧٦٠ .

يعلق بإدارة الشيء الشائع وفيما يتعلق بالتصرف فيه • ولكن يبقى أن استقلال الشخص بتوجيه الانتفاع • لكه كثيرا ما يكون أجدي من الانتفاع المشترك ، بما يتضمنه من حافز على العمل والابداع ، فضلا عن أن الشبوع بطبيعته مشار منازعات بين الشركاء نظرا لتزاحم ملكياتهم على الشيء الواحد ، وهي منازعات ليس في الامكان تلافيها بأي تنظيم يضعه المشرع للشبوع • لذلك كان المبدأ العام في الشبوع هو حق كل شريك في طلب القسمة حتى يتخلص من الشبوع ويفرد بجزء مفرز من الشيء الشائع يرد عليه حقه وحده دون غيره • وقد نصت المادة ٨٣٤ على هذا الحق بقولها « لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع • • » •

غير أنه اذا كان الأصل هو حق كل شريك في طلب القسمة ، فقد يكون هناك من الاعتبارات ما يعلو على هذا الأصل ويسوغ الخروج عليه • وهذه الاعتبارات يقدرها القانون اذا كانت اعتبارات موضوعية لا تحتل الشك ، ويعهد للقاضي بتقديرها اذا كانت اعتبارات شخصية خاصة بالشركاء الذين هم في حاجة الى سلطة القاضي الولائية في مراعاة شؤونهم ، ويترك للشركاء أنفسهم هذا التقدير اذا كانت اعتبارات شخصية ولم يكن الشركاء في حاجة الى رعاية من سلطة القاضي الولائية • لذلك فقد استدركت المادة ٨٣٤ بعد تقريرها حق كل شريك في طلب القسمة بقولها « ما لم يكن (هذا الشريك) مجبرا على البقاء في الشبوع بمقتضى نص أو اتفاق ، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة الى أجل يجاوز خمس سنين ، فاذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه » (١) •

(١) ويلاحظ أن نص المادة ٨٣٤ قد جاء مطلقا في شأن « نفاذ الاتفاق على البقاء في الشبوع في حق الشريك وفي حق من يخلفه » خلافا لما تشترطه انقواعد العامة في نفاذ العقد في حق الخلف الخاص ، المنصوص عليها في المادة ١٤٦ من القانون المدني ، من اشتراط علم الخلف الخاص بالعقد حتى يكون نافذا في حقه • ويذهب الرأي الأرجح الى أن نص المادة ٨٣٤ يعتبر استثناء على حكم القواعد العامة في عدم اشتراط علم الخلف الخاص بالعقد حتى يكون نافذا في حقه • (في هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ٢٠٣ ، هـ ١ ، عبد المنعم فرج

١٢٣ - على هذا النحو ، فقد تكفل القانون بالنص في المادة ٨٥٠ على أنه « ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع » . فالتخصيص المعد له الشيء الشائع اعتبار موضوعي يقتضى منع قسمة هذا الشيء اذا كانت القسمة تتعارض مع هذا التخصيص ، وهو ما سوف نعرض له بالتفصيل عند دراسة الشيوع الاجباري .

والقسمة قد تكون ضارة بمصلحة القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من الشركاء ، وهو اعتبار شخصي قد لا يؤمن ترك تقديره للنائب القانوني عنه فيجب أن يترك أمر تقديره للقاضي . ولذلك نصت المادة ٤١ من قانون الولاية على المال على أنه « اذا رفعت دعوى القسمة على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر ، فللمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة ، أن توقف القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات اذا ثبت لها أن في التعجيل بها ضررا جسيما » .

والشركاء بعد ذلك قد يقدر أن من مصلحتهم البقاء في الشيوع مدة معينة يستلزمها استثمار معين أو يقتضيها القيام باصلاح معين فيه ، فيلجأون الى الاتفاق على البقاء في الشيوع هذه المدة ، فيكون هذا الاتفاق ملزما لهم ولمن يأتي بعدهم من خلف عام أو خاص . والأصل أن يصدر مثل هذا الاتفاق من جميع الشركاء ، فاذا صدر من بعضهم دون البعض الآخر ، كان ملزما لمن صدر منهم دون الآخرين ^(١) .

الصدرة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهوري ، ص ٨٨٤ وما بعدها ، هـ ٢٥ .

غير أننا نذهب مع البعض (حسن كيرة ، ص ٤٥٦ ، هـ ٢٢) الى أن الخلف الخاص لا يلتزم بالاتفاق على البقاء في الشيوع الذي يعقده سلفه الا اذا كان عالما به وفقا للقواعد العامة ، منعا للاضرار بهذا الخلف .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، حسن كيرة ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهوري ، بند ٥٢٧ .
Insclopedie Dalloz, T. 2, indivision, No. 212.

وقد راعى المشرع فى اجازته البقاء فى الشيوع بناء على اتفاق أن يكون مؤقتا ، والا ترتب عليه الغاء المبدأ العام من حق كل شريك فى طلب القسمة بما قد يجاوز الغرض المقصود من ورائه ، فقرر فى المادة ٨٣٤ مدة خمس سنوات كحد أقصى له . فاذا جاوزت المدة المتفق عليها للبقاء فى الشيوع هذا الحد كان الاتفاق ملزما للشركاء لمدة خمس سنوات دون ما يجاوز ذلك . ويرى الفقه السائد ^(١) أن انقاص المدة فى هذه الحالة ليس الا تطبيقا للقواعد العامة فى البطلان الجزئى التى نصت عليها المادة ١٤٣ من القانون المدنى بقولها « اذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله » . وبناء على ذلك يذهب هذا الفقه الى أنه اذا تبين أن الشركاء ماكانوا ليرتضوا الالتزام بالبقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات فحسب ، فان اتفاقهم على أجل يجاوز هذه المدة يكون باطلا كله ، فلا يكتفى بانقاص المدة التى يمتنع طلب القسمة خلالها وانما لا يتقيد الشركاء باتفاقهم حتى لمدة خمس سنوات . ولكننا نرى أن أن انقاص المدة ليس تطبيقا للبطلان الجزئى وانما هو تطبيق لفكرة تعديل العقد . والتعديل على عكس البطلان لا يتوقف على ارادة أطراف العقد . فاذا اتفق على البقاء فى الشيوع مدة تجاوز خمس سنوات أنقصت المدة الى خمس سنوات ولو تبين أن الشركاء ماكانوا ليرتضوا البقاء فى الشيوع لمدة خمس سنوات فقط ^(٢) .

واذا كان لا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع مدة تزيد على خمس

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٨ ، حسن كيرة ، بند ١٣٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهورى ، ص ٥٨٥ ، هـ ٢ .

(٢) راجع فى الفرق بين التعديل والبطلان رسالتنا سائفة الذكر .

ويلاحظ أن النص المقابل للمادة ٨٣٤ من المشروع كان يخول المحكمة — بناء على طلب أحد الشركاء — أطالة المدة المتفق عليها ولو جاوزت الخمس سنوات أو الأمر بالقسمة قبيل انقضائها اذا وجد مبرر لذلك ، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قد استقرت أخيرا على حذف النص الذى يثبت للمحكمة هذه السلطة « توخيا لاستقرار التعامل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٠٠ — ١٠٤) .

سنوات فان ذلك لا يمنع — بعد انقضاء المدة المتفق عليها — من الاتفاق من جديد على مدة أخرى . فاذا اتفق الشركاء على تجديد اتفاقهم بمنع طلب القسمة لمدة خمس سنوات أخرى قبل انقضاء المدة الأولى فتحتسب المدة الجديدة من وقت الاتفاق عليها لا من وقت انقضاء المدة السابقة والا ترتب على ذلك الزام الشركاء بالبقاء في الشيوخ لمدة تزيد على خمس سنوات . ولكن لا يجوز الاتفاق مقدما على التجديد لمدد متعاقبة ^(١) .

واذا كان يجوز الاتفاق على الالتزام بالبقاء في الشيوخ مدة لا تتجاوز خمس سنوات فهل يصح مثل هذا الشرط اذا ورد في الوصية التي تلقى الشركاء بمقتضاها الشيء الشائع اذا كان الشيوخ قد نشأ عن وصية ؟ يذهب الفقه الى أن الجوهرى في نص المادة ٨٣٤ هو تحديد مدة لا يتجاوزها الالتزام بالبقاء في اشيوخ وليس ارتضاؤهم الالتزام ، ومن ثم فاذا كان من الجائز أن تمنع الوصية الشركاء الموصى لهم من التصرف في الشيء الشائع فيجوز من باب أولى أن تمنعهم من قسمته خلال مدة معينة لا تتجاوز الحد القانوني اذا كان لذلك باعث مشروع ^(٢) .

ويرى البعض أنه اذا كان هناك اتفاق بين الشركاء على قسمة مهياة فلا يجوز طلب القسمة قبل انقضاء مدتها والا كان في ذلك نقض لقسمة المهياة وهو ما لا يجوز الا باتفاق الشركاء جميعا ^(٣) . غير أن البعض

(١) في هذا المعنى : محمد على عرفة ، بند ٣١٩ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٥١ ، اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، حسن كيرة ، بند ١٢٦ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ ، السنهوري ، بند ١٣٧ .
Aubry et Rau, T. 10, No. 662 ; Planiol, Repert et Boulanger, T. 3, No. 2798.

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٢٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ . عكس ذلك محمد على عرفة ، بند ٣١٩ ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٥١ ، حسن كيرة ، بند ١٢٦ .

(٣) محمد على عرفة ، بند ٣٢٨ .

الآخر يلاحظ بحق أن قسمة المهايأة ترد على منفعة الشيء الشائع وليس على ملكيته ومن ثم فنفاذها مرتبط ببقاء الشيوع نفسه (١) .

وسوف نعرض للقسمة في مطلبين نبين في الأول منهما طرقها ونبين في الآخر أثارها :

المطلب الأول

طرق القسمة

١٢٤ - الأصل أن تتم القسمة باتفاق جميع الشركاء فتكون القسمة اتفاقية . على أنه قد يتعذر الوصول الى اجماع الشركاء مما يلزم معه الرجوع الى القضاء ليتولى بنفسه اجراء القسمة فتكون القسمة قضائية . وقد تتم القسمة بقوة القانون اذا ما كان هناك قسمة مهايأة مكانية استمرت مدة خمس عشرة سنة .

(١) اسماعيل غانم ، بند ٨٨ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٣٨ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٥ .

ونحن وان كنا من هذا الرأي الاخير ، الا أننا ننبه الى أنه في حالة قسمة المهايأة الزمانية يترتب على القسمة النهائية اضرار بالشريك الذي لم يستوف المدة المحددة له للانتفاع بالشيء كله بمقتضى قسمة المهايأة الزمانية . ولذلك نرى أنه اذا ما طلبت القسمة النهائية قبل أن يستوفى أحد الشركاء أو بعضهم المدة المتأخرة لما انتفع به شركاؤه بالشيء ، فإنه يكون لهذا الشريك أن ينتفع بالشيء الشائع كله حتى يستوفى هذه المدة الأخيرة بالرغم من وقوع القسمة وخروج أنصبة شركائه من ملكيته .

واذا كان لكل شريك الحق في طلب القسمة ما لم يمنعه من ذلك نص في القانون أو اتفاق ملزم له ، فإن على القاضي أن يجيبه الى طلبه . ويرى البعض (حسن كيرة ، بند ١٣٧ ، السنهوري ، ص ٨٨٨ ، هـ ٤ . وانظر عكس ذلك : اسماعيل غانم ، بند ٨٨) أن الحق في طلب القسمة يخضع للقواعد العامة في التعسف في استعمال الحق ، فيكون للقاضي أن يرفض طلب القسمة اذا ثبت أن الشريك لم يقصد به سوى الاصرار ببقية الشركان أو سوى تحقيق مصلحة غير مشروعة أو كانت المصلحة التي يبتغيها لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الشركاء من جرائها .

١ - الانفاق على القسمة

١٢٥ - القسمة الاتفاقية عقد يخضع في انعقاده وفي صحته وفي أوصافه ^(١) وفي اثباته للقواعد العامة ، ما لم يرد بشأنها حكم خاص . والأصل أن يكون الاتفاق على القسمة صريحا كما تقدم . على أن مثل هذا الاتفاق قد يستخلص ضمنا من الظروف التي تدل بذاتها على اتفاق الشركاء على قسمة الشيء الشائع قسمة نهائية . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه اذا تصرف أحد الشركاء المشتاعين في جزء مفرز من الشيء الشائع ، ثم تابعه سائرهم في التصرف في أجزاء مفرزة ، فان تصرفهم هذا يدل على رضائهم بهذه القسمة الفعلية التي تمت بفعل جميع الشركاء على السواء ، فلا يجوز لأيهام بعد ذلك طلب تثبيت ملكيته لنصيبه شائعا في الشيء كله ^(٢) . ومن الواضح أن مجرد استقلال كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع وسكوته عن معارضة الباقيين فيما استقل به كل منهم لا يمكن أن يستخلص منه ارادة ضمنية بالقسمة المنهية للشيوع وأن كان من الممكن اعتباره من قبيل الاتفاق الضمني على قسمة المهايأة .

واذا كان يلزم اجماع الشركاء على القسمة - في غير الصورة المعروفة بالقسمة الفعلية - فالمقصود هو ضرورة تطلب اجماع حتى تنتج القسمة أثرها في فض الشيوع . ومعنى ذلك أنه يمكن لبعض الشركاء الاتفاق على القسمة ، بحيث يكون هذا الاتفاق صحيحا ملزما لأطرافه لا يجوز لأحدهم التحلل منه بحجة تخلف بعض الشركاء عن الاشتراك فيه . ولكن مثل هذا الاتفاق لا يكون ملزما لباقي الشركاء . ويترتب على ذلك أن

(١) فيجوز أن تكون القسمة معلقة على شرط واقف كما اذا علق على ثبوت ملكية شيء من الأشياء الداخلة فيها لاشركاء ، أو على شرط فاسخ كما اذا علق على تحول شيء من الأشياء الداخلة فيها من أرض زراعية الى أرض بناء خلال فترة معينة .
(٢) نقض مدني ١٩٤٤/١٢/٢١ ، القواعد القلونية التي قدرتها محكمة النقض في خمسة وعشرين عاما ، ج ٢ ص ٨٦ .

الاتفاق بين بعض الشركاء لا يفض الشيوخ ، ولكن اذا أقره الشركاء المتخلفون ترتب عليه هذا الأثر (١) .

وقد نصت المادة ٨٢٥ على أنه « للشركاء اذا انعقد اجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فاذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب اتباع الاجراءات التي نص عليها القانون » . والمقصود بالاجراءات المشار اليها في المادة ٨٣٥ هو الاجراءات التي نص عليها قانون الولاية على المال . فالمادة ٤ من هذا القانون تنص على أنه « على الوصى أن يستأذن المحكمة في قسمة مال القاصر بالتراضي اذا كانت له مصلحة في ذلك . فاذا أذنت المحكمة عينت الأسس التي تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع . وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها . وللمحكمة في جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ اجراءات القسمة القضائية » . ونصت المادة ٨٩ على أنه « يسرى في شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه ما يسرى في شأن قسمة مال القاصر من أحكام » .

ويتضح من هذه النصوص أنه يمكن قسمة الشيء الشائع اذا اتفق على ذلك جميع الشركاء ، ويكون للشركاء كامل الحرية في اختيار طريقة القسمة ، عينا أو بطريق التصفية عن طريق بيع الشيء واقتسام ثمنه . ولا يمنع من القسمة الاتفاقية أن يكون بين الشركاء شريك غير كامل الأهلية أو غائب ، اغاية ما في الأمر أنه يجب في هذه الحالة أن يقوم النائب عن غير كامل الأهلية ان كان وصيا أو قيما أو وكيل الغائب باستئذان المحكمة ، فاذا أذنت المحكمة بالقسمة الاتفاقية حددت أسسها واجراءاتها ويتعين على طالب الاذن عرض تيجتها عليها بعد اجرائها للتصديق،

(٢) نقض مدني ١٩٥٠/٢/٢٢ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١ ، رقم ٧٣ ، ص ٢٧٦ ، نقض مدني ١٩٥٥/٥/١٩ ، المجموعة السابقة ، س ٦ ، رقم ١٥٣ ، ص ١١٥٢ .

حتى تكون نافذة في حق القاصرون في حكمه ^(١) ولا يتعين الاتجاه الى
القسمة القضائية الا اذا رفضت المحكمة هذا الاذن أو لم تطمئن الى نتيجة
القسمة . أما اذا كان النائب عن غير كامل الأهلية وليا ، سواء كان الأب
أو الجد ، فلا يلزم هذا الاستئذان ^(٢) . فاذا باشر القاصر ومن في حكمه
القسمة بنفسه كان العقد قابلا للإبطال لكون القسمة من التصرفات
الدائرة بين النفع والضرر ^(٣) .

١٢٦ — ويخضع الاتفاق على القسمة للقواعد العامة فيما يتعلق بوجوه
الطعن المختلفة فيه . على أن المشرع قد وضع أحكاما خاصة بالغبن في
القسمة بالاتفاق فنص في المادة ٨٤٥ على أنه :

« ١ — يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي اذا أثبت أحد المتقاسمين
أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير
بقيمة الشيء وقت القسمة .

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة . وللمدعى
عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد اذا أكمل للمدعى نقدا
أو عينا ما نقص من حصته » .

فهذا النص يختلف عن القواعد العامة في الاستغلال في أنه يكتفى
لامكان نقض القسمة بتوافر الاختلال المادي بين أنصبة الشركاء دون
استلزام توافر العنصر النفسى المتمثل في استغلال المتعاقد الآخر لهوى

(١) فاذا لم تراعى هذه الاجراءات كانت القسمة قابلة للإبطال لصالح القاصر ومن في حكمه
(نقض مدنى ١٩٦٤/١/٢٢ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١٥ ، رقم ٢٤ ، ص ١٢١) .

(٢) ومعنى ضرورة حصول الوصى أو القيم أو وكيل الغائب دون الولي على الآن أن القسمة
تعتبر من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة (قارب السنهورى ، بند ٥٤٣) . فاذا جاز
فلك فانه يصح القول بضرورة حصول الولي على هذا الآن اذا كان هو الجد ، اذ الجد
لا يجوز له التصرف الا باذن المحكمة .

(٣) نقض مدنى ٦٢/٥/٢ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ١٢ ، رقم ٨١ ، ص ٥٦٥ .

بين أو طيش جامع في الطرف المغبون • ومرد ذلك ما تقتضيه وظيفة
القسمة من سيادة مبدأ المساواة بين المتقاسمين في حصول كل منهم على جزء
مفرز يوازي حقه الشائع •

على أن المشرع لم يساير هذا المنطق الى النهاية بإباحة تقض القسمة
كلما كان هناك اختلال مادي بين الأنصبة ، وإنما استلزم لذلك أن يكون
الغبن الذي لحق أحد المتقاسمين يزيد على الخمس • ولعل المشرع قد
راعى في ذلك تحقيق نوع من الاستقرار في التعامل ، وهو ما قد يودى
به إباحة تقض القسمة اذا توافر فيها أى غبن كان •

والعبرة في تقدير الغبن بقيمة الشيء المقسوم وقت القسمة لا وقت
قيام الشيوع • وهذا ما يقتضيه أيضا مبدأ تحقيق المساواة في حصول كل
من الشركاء على ما يعادل حقه الشائع •

فاذا توافر الغبن على النحو المذكور كان للمتعاقد المغبون أن يرفع
دعوى بنقض القسمة خلال السنة التالية لها والا سقط حقه فيها ، خلافا
لدعوى تكملة الثمن في بيع عقار غير كامل الأهلية التي لا تسقط الا بمضى
ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب
العقار المبيع (م ٤٢٦) ^(١) • ويترتب على نقض القسمة اعتبارها كأن لم
تكن والرجوع الى الشيوع السابق على ابرامها بما يترتب على ذلك من
زوال الحقوق التي يكون أحد الشركاء قد رتبها على الجزء المبرز الذي
كان قد وقع في نصيبه • على أن المشرع قد خول المدعى عليه في دعوى
نظر القسمة تفادى هذا النقض اذا أكمل للمدعى ما نقص من حصته تقدا
أو عينا • فلا يكفي — على عكس الحال في بيع عقار غير كامل الأهلية —
أن تكمل حصة المتقاسم المغبون الى أربعة أخماس ما يستحق • وهذا

(١) ومدة السنة مدة سقوط وليست مدة تقادم فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع •

الفرق بين الغبن في القسمة والغبن في بيع عقار غير كامل الأهلية مفهوم على ضوء مقتضى القسمة من تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين .

٢ - دعوى القسمة

١٢٧ - اذا لم يكن الشركاء ملزمين بالبقاء في الشيوع ولم يتفقوا على القسمة كان على « من يريد الخروج من الشيوع أن يكلف باقى الشركاء الحضور أمام المحكمة ... » حتى تقوم بنفسها بقسمة الشيء الشائع . على أن للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها القسمة القضائية ، اذا كان في الشيوع شريك غير كامل الأهلية أو شريك غائب ، اذا لم تر الاذن لوصية أو قيمة أو النائب عنه في الاتفاق على القسمة ، أو اذا كانت قد أذنت بذلك ولكنها لم ترد التصديق على القسمة الاتفاقية لاجحافها بمثل هذا الشريك على نحو ما رأيناه .

ودعوى القسمة كما هو واضح من النص ترفع من الشريك على شركائه . والشريك هو من له حق شائع في الشيء سواء كان شريكا أصليا أو كان خلفا عاما أو خاصا تلقى ملكية الحق الشائع من سلفه ^(١) . فلا ترفع الدعوى ممن اشترى جزء مفرزا من أحد الشركاء أثناء الشيوع أو عليه ، اذ أن البيع وان كان صحيحا بحيث يعتبر هذا المشتري دائنا للبائع الا أنه لا يلزم باقى الشركاء ولا يرتب أثره العيني ، فيكون الشريك البائع هو صاحب الحق في رفع دعوى القسمة وهو الذى يجب اختصاصه فيها ، ويكون الحكم الصادر في هذه الدعوى حجة على المشتري .

(١) ويجب أن يقوم مشتري الحق الشائع بتسجيل عقده حتى تنتقل اليه ملكيته ويصير شريكا (نقض مدنى ١٩٦٠/٤/٢١ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١١ ، رقم ٤٩ ، ص ٢٢٤) . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك الذى يبيع حقه الشائع بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر ممثلا للمشتري طالما سجل هذا الاخر عقده قبل انتهاء اجراءاتها (نقض مدنى ١٩٥٣/١/٢٣ ، مجموعة المكتب الفنى فى خمسة وعشرين علما ، ج ١ ، ص ٦٢) .

ويجب توجيه الدعوى الى كافة الشركاء . فاذا أغفل في توجيهها أحدهم لم يكن الحكم الصادر فيها حجة عليه وان كان حجة على الباقيين الذين وجهت اليهم الدعوى رغم ذلك ^(١) . على أنه لمن لم توجه اليه دعوى القسمة من الشركاء أن يتدخل فيها (م ١٥٣ مرافعات) ، ويصح ادخاله فيها بناء على طلب المدعى أو المدعى عليه (م ١٤٣ مرافعات) ، كما يجوز للمحكمة أن تأمر بادخاله من تلقاء نفسها (م ١٤٤ مرافعات) .

١٢٨ - وقد نصت المادة ١/٨٤٢ على أن « لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة الى كل الشركاء ، ويترتب عليها الزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الاجراءات ، والا كانت القسمة غير نافذة في حقهم . ويجب على كل حال ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » . وقد قصد المشرع من هذا النص تمكين الدائنين من مراقبة اجراءات القسمة منعا لتواطؤ الشركاء على الاضرار بحقوقهم ، كأن يتفق الشركاء على اختصاص المدين منهم بأشياء لا يجوز الحجز عليها أو بنقود أو منقولات يسهل اخفاءها ، أو على عدم اختصاصه بالجزء المفرز الذي تصرف فيه حتى يفوت على المتصرف اليه غرضه . ومقتضى ذلك أنه يجب على الشركاء ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة . أما الدائنون المقيدة حقوقهم بعد رفع الدعوى فلا يلزم الشركاء بادخالهم الا اذا قام هؤلاء الدائنون بالمعارضة في أن تتم القسمة بغير تدخلهم وتوجيه هذه المعارضة الى جميع الشركاء . على أن للدائنين بالطبع أن يتدخلوا في دعوى القسمة من تلقاء أنفسهم عن طريق الانضمام الى مدينهم الخصوم فيها طبقا للقواعد العامة (م ١٥٣) .

فاذا كان على الشركاء واجب ادخال الدائنين - على النحو السابق -

(١) نقض معنى ١٩٥٥/١١/٢٤ ، مجموعة احكام النقض ، ص ٦ ، رقم ٢٢٠٩ ، ص ١٥٢٧ .

ولم يقوموا بادخالهم ، كانت القسمة غير نافذة في حق هؤلاء الدائنين، فيعود الشيء الى حالة الشيوع بالنسبة لهم بحيث يكون لهم طلب القسمة من جديد (١) .

فاذا لم يتدخل الدائن في الدعوى ولم يكن من الواجب على الشركاء ادخاله فيها طبقا للمادة ٨٤٢/١ ، فليس له الا أن يطعن فيها بعد تمامها بدعوى عدم نفاذ التصرفات اذا توافرت شروطها بتوافر اعسار الشريك المدين وتوافر الغش . وقد عنيت المادة ٨٤٢/٢ بالاشارة بوجه خاص الى شرط الغش بقولها : « ... اذا تمت القسمة ، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا في حالة الغش (٢) » .

١٢٩ - وقد جعل المشرع الاختصاص بنظر دعوى القسمة للمحكمة الجزئية في جميع الأحوال ولو تجاوزت قيمة الأشياء المطلوب قسمتها نصاب هذه المحكمة باعتبار أن اختصاصها قاصر على اجراء القسمة وتعجيلا بهذه الاجراءات . لذلك فهذا الاختصاص الاستثنائي قاصر على ما تثيره القسمة من مشاكل ، كتعيين حصة كل شريك في الشيء الشائع أو تقرير بيع الشيء في المزاد اذا تعذرت قسمته عينا (٣) . أما اذا أثارت القسمة

(١) ويجوز للدائنين بالطبع الائتمار على مطالبة الشركاء متضامنين بتعويض الضرر الذي لحقهم من القسمة ، على أساس اخطأ الذي ارتكبه بعدم القيام بادخالهم في القسمة .
ويلاحظ أن البعض يشترط لعدم نفاذ القسمة في حق الدائنين أن يقوم هؤلاء بأبواب ضرر أصابهم من جراء عدم ادخالهم فيها (السنهوري ، بند ٥٦٩) .

(٢) ويلاحظ أن حكم المادة ٨٤٢/٢ بصياغتها الراهنة يقتصر على القسمة القضائية ، فلا يترتب على معارضة الدائن الزام الشركاء بادخاله في القسمة الاتفاقية رغم أن ذلك أدى في القسمة الاتفاقية حيث يكون للدائن التدخل دائما من تلقاء نفسه في القسمة القضائية طبقا للمادة ١٠٣ مرافعات . وقد تترتب على ذلك أن ذهب البعض الى أن عبارة النص التي تفترض أن القسمة قضائية قاصرة على واجب الشركاء في ادخال الدائنين المقيدة حقوقهم من غير معارضة ، دون حق الدائن عموما في أن تتم القسمة بغير تدخله الذي يشمل القسمة الاتفاقية (اسماعيل غانم ، بند ١٠ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٧٨) .

وذهب البعض الآخر الى وجوب التوسع في تفسير المادة ٨٤٢/٢ بما يجعل حكمها يمتد بأكمله الى القسمة الاتفاقية (السنهوري ، بند ٥٦٣) .

(٣) نقض مدني ١٢/٢/١٩٥٩ ، مجبوعة أحكام النقض ، ص ١٠ ، رقم ٢١٩ ، ص

مشاكل تخرج عن صميمها ويتعين الفصل فيها قبل السير في اجراءاتها ،
كالمنازعة في أصل الملكية الشائعة أو في قدر الحق الشائع لأحد الشركاء ،
فإن هذه المشاكل تخضع للقواعد العامة في الاختصاص النوعي . وعلى
ذلك إذا ثارت منازعة في مثل هذه المسائل التي تخرج عن صميم القسمة
وقدرت هذه المحكمة جديتها وكان الفصل فيها يخرج عن نصابها ،
تعين عليها أن توقف دعوى القسمة وأن تحيل الخصوم الى
المحكمة الابتدائية وأن تعين لهم الجلسة التي يحضرون فيها . ويستمر
وقف دعوى القسمة حتى يفصل نهائيا في هذه المنازعة الفرعية
(م ٨٣٨ / ٢) .

ونظرا لما تقتضيه القسمة من اجراءات قد تطول ، فقد خول المشرع
للمحكمة اذا لم يتوصل الشركاء الى اتفاق على قسمة الشيء قسمة مهايأة
تنظيما للارتفاع به أثناء اجراءات القسمة ، أن تأمر - بناء على طلب أحد
الشركاء - بقسمة الشيء مهايأة بينهم حتى تتم القسمة النهائية ، بعد
الاستعانة بخبير اذا اقتضى الأمر ذلك .

والأصل أن تتم القسمة عينا بحيث يختص كل شريك بجزء مفرز من
الشيء الشائع . على أن الشيء الشائع قد لا يقبل القسمة عينا أو قد يترتب
على قسمته عينا نقص كبير في قيمته . لذلك فقد خول المشرع للمحكمة
اجراء القسمة في هذه الحالة الأخيرة بطريق التصفية .

القسمة العينية :

١٣٠ - وتكون القسمة العينية بأن يختص كل شريك بجزء من الشيء

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان النزاع المثار أمام محكمة القسمة يدور حول
ما إذا كان السلم المشترك مملوكا على سبيل الشيوع العادي أو الاجباري ، وحسب
تحديد نطاق الصلح المعقود بين الطرفين بشأن هذا السلم ، فهو بهذه المثابة نزاع لا يتعلق
بتكوين الحصص ويخرج من اختصاص المحكمة الجزئية اذا كانت قيمة السلم المتنازع عليه
- كما قررها الخبير - تجاوز نصاب هذه المحكمة (نقض منى ٦٢/١/٢٥ ، مجموعة احكام
النقض ، ص ١٢ ، رقم ١٦ ، ص ١٠٤) .

الشائع يعادل حقه الشائع . ويتم ذلك في الأصل بتقسيم الشيء - عن طريق الاستعانة بخبير - الى أجزاء يعادل كل منها أصغر نصيب ، ثم تجرى القرعة بين الشركاء حتى يتحدد ما يؤول الى كل شريك من هذه الأجزاء . ولكن اذا تعذر على المحكمة مثل هذا التقسيم ، دون ضرر بالشركاء ، كان لها أن تجنب لكل شريك قدرا من الشيء يعادل حقه الشائع ، مستعينة في ذلك بالخبير . ويجوز أن تتم القسمة بالتجنيب أيضا اذا اتفق على ذلك جميع الشركاء . وفي جميع الأحوال يتعين على المحكمة - بعد الفصل فيما يثيره الشركاء من اعتراضات بشأن تكوين الأجزاء أو بشأن التجنيب - أن تصدر حكما يحدد ما يختص به كل شريك (م ٨٣٩) . على أنه يراعى ، سواء في القسمة بطريق القرعة أو في القسمة بطريق التجنيب ، أنه اذا تعذر على المحكمة اعطاء كل شريك نصيبه كاملا ، كان لها أن تقرر تكملة نصيب الشريك الذي يحصل على جزء أقل من نصيبه بمعدل نقدي يلزم به من حصل من المتقاسمين على حصة عينية أكبر من نصيبه (م ٨٣٧ / ٢) . وتكون العبرة في التقسيم بقيمة الأشياء الشائعة وقت اجراء القسمة لا وقت بدء الشروع (١) .

هذا ويلاحظ أنه يلزم تصديق المحكمة الابتدائية على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، وذلك اذا كان بين الشركاء غائب أو غير كامل الأهلية ، الا اذا كان هذا الشريك ممثلا في دعوى القسمة بولي (م ٨٤٠ من القانون المدني و م ٤٠ من قانون الولاية على المال) (٢) .

(١) انظر في مراحل القسمة المختلفة بالتفصيل : السنهوري ، بند ٥٥٨ - ١٥٦٢ .

(٢) ويلاحظ أن المادة ٨٤٠ من القانون المدني تتكلم عن التصديق على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ، بينما المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال تتكلم عن التصديق على قسمة الاموال الى حصص ، مما جعل البعض يقول بأنه في حالة تقسيم الشيء الى حصص يكون التصديق لا على حكم القسمة بعد أن يصبح نهائيا ولكن على قسمة الشيء الى حصص ، على أساس أن المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال - وهو لاحق في صدور للتقنين المدني - قد نسخت المادة ٨٤٠ في هذا الشأن . (في هذا المعنى : محمد علي مرفعة ، بند ٣٢٨ ، حسن كورة ، بند ١٤٤ ، السنهوري ، بند ٥٦٢ . عكس ذلك اسماعيل غانم ، بند ٩٦ ، ص ٢٢٣ ، هـ ٢١١ .

فاذا كان ممثلاً بوليّه فلا يلزم هذا التصديق ، لأن سلطة الولي غير مقيدة بما يقيد سلطة الوصي أو القيم أو وكيل الغائب . على أنه يراعى أن حكم المحكمة الابتدائية بوصفها محكمة استئنافية بتأييد حكم محكمة القسمة اذا رفع عنه استئناف إليها ، يقوم مقام التصديق . واذا رفضت المحكمة الابتدائية التصديق على حكم القسمة ، تعين عليها أن تقوم بنفسها بالتقسيم على الأسس التي تراها ، بعد دعوة الخصوم .

قسمة التصفية :

١٣١ - تنص المادة ٨٤١ على أنه : « اذا لم تمكن القسمة عينا ، أو كان من شأنها أحداث نقص كبير في قيمة المال الشائع المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطرق المبيّنة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع » .

وواضح من هذا النص أن قسمة التصفية لا تكون الا اذا تعذرت قسمة الشيء عينا أو اذا كان من شأن هذه القسمة - ولو لم تكن متعذرة - أحداث نقص كبير في قيمة الشيء الشائع . ويرجع في اجراءات البيع الى قانون المرافعات . على أن هذا القانون لا يتضمن أحكاماً خاصة ببيع الشيء الشائع الا اذا كان عقاراً . أما اذا كان منقولاً فتتطبق في شأنه الأحكام العامة في شأن التنفيذ على المنقول .

واذا طرح الشيء للبيع بالمزاد ، فالأصل أن للشركاء ولغيرهم التقدم للمزايدة . على أن المشرع جعل للمحكمة أن تقصر المزايدة على الشركاء اذا طلبوا ذلك بالاجماع ^(١) .

(١) على أنه اذا كان بين الشركاء غير كامل الاهلية أو غائب وكان ممثلاً في الدعوى بوصي أو قيم أو وكيل ، فيرى البعض أنه يجب استئذان المحكمة ، على أساس أن طلب قصر المزايدة على الشركاء فضلاً عن خطورته البيئة يتضمن اتفاقاً بشأن القسمة (اسماعيل غنم ، بند ٩٧ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٧) .

فاذا رسا المزاد على أجنبى ، فيعتبر ذلك بيعا ناقلا للملكية الشيء الى الراسى عليه المزاد ، ويعتبر توزيع الثمن قسمة بطريق التصفية ، فتترتب على الحكم بهذا التوزيع كافة آثار القسمة . أما اذ رسا المزاد على أى من الشركاء ، فقد جرى القول بأن رسو المزاد يعتبر قسمة بطريق التصفية ، وتترتب على حكم مرسى المزاد كافة آثار القسمة .

ومع ذلك فقد تشكك البعض فى اعتبار رسو المزاد قسمة بطريق التصفية تترتب عليه آثار القسمة لا آثار البيع ^(١) . والواقع أننا لا لرى أن اختلاف الراسى عليه المزاد يترتب عليه اختلاف تكييف رسو المزاد . فرسو المزاد يعتبر دائما بيعا تترتب عليه آثار البيع لا آثار القسمة ، ولو كان الراسى عليه المزاد هو أحد ملاك الشيء الذى يتم بيعه بالمزاد . أما القسمة فتتمثل دائما فى اقتسام الثمن الذى رسا به المزاد .

٣ - تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية بقوة القانون

١٣٢ - الأصل أن قسمة المهايأة ترد على الانتفاع بالشيء ولا ترد على ملكيته ، ومن ثم فهي لا تنهى الشيوخ . على أن المشرع قد حرص على النص فى المادة ٨٤٦/٢ على تحويل قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت مدة خمس عشرة سنة ، وذلك بتجديدها كلما انتهت المدة المقررة لها ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك . والحكمة من تحول قسمة المهايأة المكانية الى قسمة نهائية اذا استمرت خمس عشرة سنة هي أن « المهايأة المكانية التى تدوم خمس عشرة سنة دون أن يرغب أحد فى انائها هي خير قسمة نهائية يستطيع الشركاء أن يصلوا اليها ، وقد

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٧٧ ، ورسالته فى الطول الخينى ، بند ٥١ .

وصلوا اليها فعلا بالتجربة واطمأنوا الى نتائجها » ، على نحو ما توضحه
المذكرة الايضاحية ^(١)

وقد نصت المادة ٢/٨٤٦ على أنه « اذا حاز الشريك على الشيوع
جزءا مفرزا من المال الشائع مدة خمس عشرة سنة افترض أن حيازته
لهذا الجزء تستند على قسمة مهايأة » . ومقتضى هذا النص أنه يكفي
أن يستقل كل شريك بجزء من الشيء الشائع مدة خمس عشرة سنة حتى
تقوم قرينة قانونية على أن مثل هذا الاستقلال بجزء من الشيء الشائع
يستند الى قسمة مهايأة ، وينطبق بالتالى حكم المفقرة الأولى من المادة
المذكورة القاضى بتحويل هذه القسمة الى قسمة نهائية . على أن هذه
الفريضة تقبل اثبات العكس . فاذا استطاع أحد الشركاء اثبات أن استقلال
كل شريك بحيازة جزء من الشيء الشائع لا يستند الى قسمة مهايأة ،
حال بذلك دون تحقق القسمة النهائية بمضى خمس عشرة سنة على هذه
الحيازة .

وهذا النوع من القسمة لا يعتبر قسمة اتفاقية ، وان كان يرجع الى
الاتفاق فى الأصل ، وانما يعتبر قسمة قانونية . ولذلك لا تسرى عليه
قواعد القسمة الاتفاقية ، فلا يجوز نقضه للغبن ، ولا يمنع من تحققه أن
يكون بين الشركاء من هو غير كامل الأهلية أو غائب ، ولا يجب تسجيله
اذا كان الشيء المقسوم عقارا ، لأن التسجيل يرد بمقتضى المادة ١٠ من
قانون الشهر العقارى على التصرفات والأحكام ^(٢)

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ١٣٩ .

(٢) اسماعيل غانم ، بند ٩٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٧٩ ، وقارب حسن كيرة ،
بند ١٢٦ .

المطلب الثاني

آثار القسمة

١٣٣ - تقوم القسمة بتحديد جزء مادي من الشيء الشائع لكل شريك ، أو في الأقل لبعض الشركاء الذين يطلبون القسمة اذا استقر الباقيون على البقاء في الشيوع ، لئتملكه ملكية مفرزة . فالأثر الأساسي للقسمة هو افراز هذا الجزء الذي يختص به الشريك ، بحيث يكون مقابلا لحقه الذي كان له أثناء الشيوع ، ولذلك يلتزم غيره من المتقاسمين بضمان ما يحدث له من تعرض أو استحقاق حتى يستقر له هذا الجزء الذي اختص به في القسمة .

١ - الافراز

١٣٤ - الافراز هو الأثر الجوهرى للقسمة ، وهو الهدف الذي يرمى اليه المتقاسمون . والافراز في معناه البسيط لا يعدو أن يكون استبدالاً لجزء مفرز من الشيء الشائع ، يصبح مملوكاً للشريك المتقاسم على أسبيل الانفراد ، بحقه الشائع ، ذلك الحق الذي كان وارداً على الشيء كله دون أن يخول صاحبه سوى نسبة معينة من كل ميزاته والذي كانت النسبة الباقية من هذه الميزات فيه للشركاء الآخرين . ومع ذلك فقد أثار تكييف عملية الافراز جدلاً حاداً في الفقه منذ القانون الروماني وخلال العصور الوسطى وما زال يثيره حتى اليوم . ولقد كانت النتائج العملية التي تقضى العدالة بترتيبها على القسمة ، وإيجاد الوسيلة الفنية لتبريرها ، هي محور هذا الخلاف .

الافراز عملية ناقلة للملكية في القانون الروماني :

١٣٥ - كان القانون الروماني يعتبر أن لكل شريك في الشيوع

حصّة في كل ذرة من ذرات الشيء الشائع ^(١) ، فإذا ما تمت القسمة واختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع كان معنى ذلك تنازل كل شريك من الشركاء عن نصيبه في الجزء الذي اختص به كل شريك من الشركاء الآخرين في نظير نزول كل منهم له عن نصيبه في الجزء الذي اختص هو به . لذلك كانت القسمة تعتبر عملية مقايضة تنقل لكل شريك ملكية حصص شركائه في ذرات الجزء الذي اختص به من الشيء نظير نقل حصته في ذرات الجزء الذي اختص به كل شريك الى هذا الشريك . وكان مقتضى ذلك أن سند ملكية كل شريك للجزء الذي اختص به يكون هو السند الأصلي للملكية الشائعة بالنسبة لحصته في ذرات هذا الجزء ويكون هو المقايضة التي تتضمنها القسمة بالنسبة لحصص شركائه في هذه الذرات . لذلك كانت كافة الحقوق التي يقررها أحد الشركاء أثناء الشيوع ، كالرهن ، نافذة في حدود حصته في حق شركائه الذين اختص كل منهم بجزء من الشيء الشائع ، وكانت القسمة تصلح سببا صحيحا لكسب الحق بالتقادم القصير ^(٢)

إضافة الاثر الرجعي للأثر الناقل في النظرية التقليدية :

١٣٦ - وقد ظل هذا التصوير السابق سائدا حتى نهاية القرن الرابع عشر . في هذا الوقت كثر الالتجاء الى الرهن العقاري بشكل لفت النظر الى خطورة القول بنفاذ هذا الرهن في حق الشركاء بعد القسمة تأسيسا على اعتبار القسمة ناقلة للملكية الى الشريك فيما يتعلق بحصص شركائه في الجزء الذي اختص به ، اذ كان يكفي أن يلتزم الشخص بمقتضى سند رسمي حتى تصبح جميع أمواله - ومنها ما قد يكون له من حق شائع -

(١) في بيان كيف تمكن الرومان من تصوير حق كل شريك على الوجه الذي يوفق بين عدم انقسام الشيء ماديا من ناحية وتعدد الشركاء من ناحية أخرى ، انظر منصور مصطفى منصور في بحثه السابق الاشارة اليه عن تحليل أثر قسمة الاموال الشائعة ، بند ٦ - ١١ .

(٢) منصور مصطفى منصور في بحثه السابق ، بند ١ .

مرهونة لضمان هذا الالتزام ، في الوقت الذي كان فيه هذا الرهن العام خفيا ، اذ لم يكن نظام الشهر معروفا . كذلك استعلنت خطورة ما يؤدي اليه هذا التصوير من نتائج في اخضاع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على نقل الملكية ، بالإضافة الى الضرائب التي يكون الشركاء قد دفعوها عند انتقال الملكية اليهم عند تملكهم للشيء الشائع .

وأمام هذه النتائج الشاذة لم يجد القضاء بدا من الرجوع عن نقض الحقوق التي يرتبها كل شريك على الشيء الشائع قبل شركائه بعد القسمة واختصاصه بجزء مفرز من الشيء الشائع ، وعن خضوع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على نقل الملكية . وجريا وراء البحث عن تأصيل لهذا القضاء الجديد لم يلبث الفقه الفرنسي القديم أن أعمل الفكر من جديد في تصوير القسمة ، فاتهى الى أنها لا تنقل الملكية الى الشريك المتقاسم فتعتبر بذلك سندا للملكية ، وانما تقتصر على تحديد محل ملكية هذا الشريك الثابتة أصلا بمقتضى السند الذي تملك به الشركاء على الشيوع ، أو الكشف عنه . فعدم سريان الحقوق التي ترتبها أحد الشركاء أثناء الشيوع ، وعدم خضوع القسمة للضرائب والرسوم المفروضة على انتقال الملكية ، يعتبر نتيجة طبيعية من النتائج التي تتفرع على التصوير الصحيح للقسمة (١) .

١٣٧ - وقد جاء التقنين المدني الفرنسي فسلم في المادة ٨٨٣ منه بالتصوير الذي ارتضاه بواتيه للقسمة ، والذي يجعل لها أثرا رجعيا

(١) في هذا المعنى بواتيه أشار اليه في منصور مصطفى منصور ، بند ٨٢ . على أنه من الواضح أن القول بأن القسمة تحدد محل حق الشريك أو تكشف عنه يستلزم بالضرورة القول بأن مايؤول الى هذا الشريك هو مكان مملوكا له منذ نشأة السند الذي تملك به على الشيوع ، ولك نتيجة مخالفة للحقيقة لا يمكن الوصول اليها الا اذا استخدمنا مجازا قانونيا هو تقرير الار الرجعي للقسمة . ومن هنا جرى القول في الفقه التقليدي على أن القسمة تعتبر ناقلة بطبيعتها ولكن المشرع استخدم حيلة قانونية للوصول الى غرض معين هو حصول المتقاسم على الجزء المفرز الذي يختص به في القسمة خاليا من الحقوق التي ترتبها غيره أو رتب ضد غيره من الشركاء أثناء الشيوع فقرر للقسمة بذلك أثرا كاشفا عن طريق اثرها الرجعي (منصور مصطفى منصور ، بند ٢٨) .

يخالف طبيعتها الناقلة ، تحقيقا للأثر العملى الذى استقر فى القانون الفرنسى القديم ، وهو حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به فى القسمة خالصا من آثار تصرفات غيره . وعن هذا التقنين أخذت المادة ٨٤٣ من التقنين المدنى المصرى التى تنص على أنه « يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص » . وهذه النصوص وإن كانت تحقق الهدف العملى الذى يتفنيه المشرع ، إلا أن الأخذ بظاهر منطوقها يؤدى الى نتائج أخرى شاذة لا يمكن التسليم بها ، فضلا عن أنها قد تكون مخالفة لنصوص القانون مخالفة صريحة .

١ - فمقتضى الأثر الرجعى أن تكون العبرة فى تقدير قيمة الشيء المقسوم بوقت قيام الشيوع عند اعمال قواعد الضمان والغبن ، بينما الأخذ بذلك يتنافى مع ما يجب فى القسمة من تحقيق المساواة بين المتقاسمين . لذلك فالقانون ينص صراحة على أن تكون العبرة فى التقدير بوقت القسمة (م ١/٨٤٤ و ١/٨٤٥) .

٢ - ومقتضى الأثر الرجعى أن تكون ثمار الجزء الذى اختص به أحد المتقاسمين له ، ليس فقط من وقت القسمة وإنما من وقت قيام الشيوع ، بينما المنطق وطبيعة الشيوع يقضيان بأن تكون ثمار الشيء الشائع كله قبل القسمة وأثناء الشيوع من حق الشركاء جميعا بنسبة حصة كل منهم فى الشيوع .

كذلك فإن مقتضى الأثر الرجعى أن يكون باستطاعة كل شريك أن يتحلل من المصروفات التى انفتت على الجزء الذى وقع فى نصيبه ، أثناء الشيوع ، خلافا لما يقضى به المنطق وطبيعة الشيوع من تحميله بها .

٣ - ومقتضى الأثر الرجعى أن يعتبر التصرف الصادر من جميع الشركاء فى الشئ الشائع أثناء الشيوع قابلا للإبطال بعد القسمة لصدوره من غير مالك ، بينما تقضى طبيعة الشيوع باعتبار هذا التصرف صحيحا وناظرا فى حق جميع الشركاء قبل القسمة وبعد القسمة أيا كانت نتيجتها .
وقد نص المشرع على ذلك صراحة فيما يتعلق بالرهن الرسمى (م ١٠٣٩)
على نحو ما رأيناه .

٤ - ومقتضى الأثر الرجعى انه اذا ما رهن أحد الشركاء الشئ الشائع ثم رسا مزاده على الشريك الاخر فى قسمة التصفية ، فلا يكون للدائن المرتهن مباشرة الأفضلية على الثمن الذى يختص به الشريك الراهن ، بينما يقضى المنطق بأن يكون لمثل هذا الدائن أفضلية على هذا الثمن طالما ان هذه الأفضلية لا تمس للشريك الذى اختص بالعقار كله . وهو الاعتبار الذى كان يحول دون نفاذ الرهن فى حقه أثناء الشيوع .

٥ - ومقتضى الأثر الرجعى أنه اذا تصرف أحد الشركاء فى جزء مفرز من الشئ الشائع أثناء الشيوع ثم تمت القسمة فوق هذا الجزء فى نصيب شريك آخر ، اعتبر التصرف قابلا للإبطال سواء كان المتصرف اليه يعلم أو يجهل أن المتصرف لا يملك الشئ المتصرف فيه ملكية مفرزة ، لأنه يعتبر فى هذه الحالة تصرفا من غير مالك . ولكن الواقع أن المادة ٨٢٦/٢ ، كما سبق أن رأينا ، لا تجيز للمتصرف اليه طلب الإبطال الا اذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها ملكية مفرزة ، وذلك على عكس الحال فى التصرف فى ملك الغير حيث يكون للمتصرف اليه ان يطلب الإبطال ولو كان يعلم أن المتصرف غير مالك .

كذلك تبدو نتائج الأثر الرجعى التى لا يمكن التسليم بها فى مجالات

أخرى كثيرة ، كتنازع القوانين من حيث الزمان ، واكتساب حقوق الارتفاق بتخصيص المالك الأصلي ، ووقف التقدم وانقطاعه .

الافراز عملية كاشفة في الفقه الحديث :

١٣٨ - وهذه النتائج المختلفة التي يؤدي إليها اعمال الأثر الرجعى للقسمة ، كما تقرره نصوص التقنين المدنى الفرنسى والتقنين المدنى المصرى ، توضح بجلاء خطورة تطبيق هذه النصوص التي تتجاوز الهدف منها .
نذلك فقد ذهب كثير من الفقهاء المحدثين الى وجوب الغاء هذه النصوص تفاديا لما ترتبه من نتائج غير مقبولة . ولكن الغاء النصوص التي تقرر الأثر الرجعى للقسمة لا يلبث أن يثير من جديد مشكلة ضمان حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به خالصا من آثار تصرفات غيره - وهو ضمان محمود كما سبق أن قدمنا - فكيف يتم الوصول الى هذا الضمان دون استخدام الحيلة أو المجاز القانونى المتمثل فى خلع أثر رجعى ليس من طبيعة القسمة عليها ؟

يذهب معظم المهاجمين للأثر الرجعى للقسمة الى أنها ليست بطبيعتها تصرفا ناقلا ، على نحو ما كان يذهب اليه القانون الرومانى ، وانما تصرف كاشف ، والى أن اعتبار القسمة تصرفا كاشفا من شأنه أن يضمن حصول كل متقاسم على الجزء المفرز الذى اختص به خالصا من آثار تصرفات غيره ، فضلا عن تفسيره لكثير من أحكام القانون المتعلقة بالقسمة أو المترتبة عليها . ويوضح هذا الفقه وجهة نظره عن طريق القول بأن اعتبار القسمة من التصرفات الكاشفة يتفق مع التكيف الصحيح للملكية الشائعة ذاتها ، كما يتفق مع مفهوم التصرفات الكاشفة .

(١) انظر : اسماعيل غانم ، بند ١١٧ ، عبد المنعم مرج النسخة ، بند ١٤٧ وما بعده ، حسن كيرة ، بند ١٢٢ .

فاعتبار القسمة من التصرفات الناقلة ينبع من النظرة الفردية المرفقة الى حق الملكية . ففي ظل هذه النظرة يصعب وجود شيء يتعدد ملاكه ، ولذلك كان لابد من تصور أنصبة الشركاء مستقل بعضها عن الآخر أثناء الشروع ، ومن ثم كان من الطبيعي أن يقال ان القسمة تتضمن مبادلة هذه الأنصبة المستقلة . ولكن انحصار هذه النزعة الفردية قد مكن من الكشف عن طبيعة الشروع وامكان تصور تعدد ملاك الشيء الواحد . ففي الشروع يتعدد ملاك الشيء الواحد بحيث يكون لكل منهم حق ملكية عليه كله ، وان كان هذا الحق محدد تحديدا حسايبا بحصة معينة منه ، فاذا تمت القسمة فاختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع كان معنى ذلك ايجاد التطابق بين ملكية كل شريك وبين المحل الذي ترد عليه ؛ بين حصته الحسايبية وبين جزء مادي من الشيء . وهذا التطابق لا يوجد حقا جديدا للمتقاسم وانما يقتصر على التغيير في محل حقه القائم من قبل تغييرا يمنع التشابك بين حقوق الشركاء المختلفين على الشيء ، بايجاد نطاق محدد تمارس عليه ملكية كل منهم . وعلى ذلك فالقسمة لا تنقل الى المتقاسم حقا جديدا وانما تكشف عن حقه الأصلي القائم من قبل .

واذا كان هذا هو أثر القسمة فلا بد من اعتبارها من التصرفات الكاشفة . فالتصرف الكاشف هو التصرف الذي يستند الى حق سابق فيقوم بالتغيير في بعض عناصره تغييرا يزيل ما كان يعترض مباشرته من عقبات . والقسمة تقوم بالتغيير في محل الملكية الشائعة تغييرا يزيل التشابك بين حقوق الشركاء المختلفة عن طريق تحديد جزء مفرز من الشيء الشائع لتباشر عليه ملكية كل شريك . ولا يجوز القول بأن التصرف الكاشف يقوم بمجرد تقرير الحق السابق الموجود دون أن يغير فيه فلا تعتبر القسمة تصرفا كاشفا لأنها تغير في محل الملكية بافرازها جزءا محددا تباشر عليه ؛ لا يجوز ذلك لأن التصرف القانوني الكاشف من حيث هو تصرف لابد أن يتضمن تغييرا ما في العلاقات القانونية القائمة والا ما كان تصرفا لأن التصرف القانوني قوامه ارادة تتجه الى احداث أثر قانوني .

١٣٩ - واعتبار القسمة من التصرفات الكاشفة في نظر هذا الفقه لا يجعل منها سند ملكية المتقاسم للجزء المفروز الذي آل اليه ، وانما يكون سنده هو السند الأصلي للملكية الشائعة ، مما يترتب عليه نتائج مختلفة تتميز بها القسمة عن التصرفات الناقلة :

١ - فلا يعتبر المتقاسم خلفا للمتقاسمين الآخرين • وعلى ذلك فالتصرفات التي يكون أحد الشركاء قد أجراها منفردا أثناء الشروع على جزء مفروز من الشيء الشائع ، والتي لا تكون نافذة قبل الشركاء الآخرين أثناء الشروع ، تكون غير نافذة بعد حصول القسمة ووقوع ذلك الجزء المفروز المتصرف فيه في نصيب شريك آخر • على أن نتيجة الأثر الكاشف للقسمة تقتصر على مجرد عدم نفاذ التصرف في حق الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفروز لأنه ليس خلفا للمتصرف ، ولكنها لا تؤدي الى اعتباره قابلا للإبطال بحجة أنه صادر من غير مالك ، إذ أن المتصرف كان وقت التصرف مالكا للشيء كله وان كان ذلك في نطاق النسبة المحددة له •

٢ - لما كانت القسمة تصرفا كاشفا وليس ناقلا ، فقد وجب أن يحصل كل متقاسم في القسمة على جزء مفروز يعادل حصته الشائعة • لذلك فإن الغبن في القسمة يختلف عنه في البيع في أنه يقوم على فكرة المساواة وليس على فكرة الإخلال بالمضاربة المشروعة • هذا الفرق يظهر أثره في تحديد شروط الغبن كما يظهر في بيان ما يجب رده لتجنب نقض العقد • فالغبن في القسمة لا يقتصر على العقار ولا يقتصر على المتقاسم ناقص الأهلية كما في البيع ، إذ الفكرة هي تحقيق المساواة التامة بين المتقاسمين بحصول كل منهم على جزء مفروز يعادل حصته الشائعة • كذلك إذا غبن أحد المتقاسمين بما يزيد على الخمس وجب تكمله نصيبه بتمامه ، لا الى أربعة الاخماس فحسب كما في البيع •

٣ - يفرق المشرع بين التصرفات الناقلة والتصرفات الكاشفة فيما

يتعلق بأثر التسجيل . فالتصرفات الناقلة لا ترتب أثرها بين أطرافها أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل ، بينما التصرفات الكاشفة تنتج أثرها دون حاجة الى التسجيل ولا يلزم التسجيل إلا للاحتجاج بها على الغير ، على نحو ما تقضى به المادة ١٥/١ من قانون الشهر العقارى .

وهذا القرن يرجع في نظر هذا الفقه الى أن التصرف الناقل ينقل للمتصرف اليه حقا لم يكن موجودا له من قبل ، بينما التصرف الكاشف يقتصر على التعديل في بعض عناصر حق ثابت للمتصرف اليه قبل التصرف (١) .

٤ - لا تصلح القسمة سببا صحيحا للملك بالتقادم الخمسى . فاذا اتضح أن العقار المقسوم لم يكن مملوكا للمتقاسمين ، فلا يصح للمتقاسم الذى سجل القسمة وهو حسن النية وحاز الجزء المفرز الذى اختص به

(١) ويترتب على ذلك أن كل متقاسم يعتبر مالكا ملكية مفرزة في مواجهة المتقاسمين الآخرين من وقت القسمة دون انتظار للتسجيل .

كذلك يستطيع كل ذى مصلحة أن يتمسك بانقضاء الشيوخ في مواجهة المتقاسمين ولو كانت القسمة لم يتم تسجيلها . فاذا وجد عقاران متلاصقان أحدهما مملوك على الشيوخ ، ثم قسم هذا العقار دون أن تسجل القسمة ، وبيع العقار المجاور بعد ذلك ، فتقدم أحسن الشركاء الذى اختص بجزء من العقار المقسوم لا يلاصق العقار المبيع لأخذه بالشفعة على أساس أن الشيوخ لا يزال قائما لعدم تسجيل القسمة وأن شرط الجوار يكون متحققا من العقار الشائع والعقار المجاور ، فإن المشتري يملك دفع الشفعة بالاحتجاج بالقسمة رغم عدم تسجيلها للوصول الى اثبات عدم توافر التلاصق بين العقار المبيع وبين الجزء الذى وقع بالقسمة في نصيب طالب الشفعة . (أنظر نقض مدنى ١٩٤٢/١/٢٩ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، ص ٤٠٩ ، رقم ١٢٨ ، نقض مدنى ١٩٥٥/٢/١٧ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٦ ، ص ٨٥١ ، رقم ١١١) .

وعلى العكس من ذلك لا يجوز الاحتجاج على الغير بالملكية المفرزة إلا بعد تسجيل القسمة، حيث يكون لهذا الغير أن يعتد بحالة الشيوخ طالما لم تسجل القسمة إذا كان له مصلحة في ذلك . والمقصود بالغير هنا كل من تلقى حقا عينيا على العقار على أساس أنه لا زال مملوكا على الشيوخ وقام بتسجيله طبقا للقانون .

لذلك يملك مشتري الحصة الشائعة إذا كان قد سجل عقده تجاهل القسمة غير المسجلة أو التى كان تسجيلها لاحقا لتسجيل عقده ، بأن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته للحصة الشائعة المبيعة أو يطلب أيضا إجراء قسمة جديدة إذ يظل العقار شائعا بالنسبة له طالما أنه لا يحتج عليه بالقسمة .

مدة خمس سنوات أن يتمسك باكتسابه الملكية بالتقادم القصير . ذلك أن التقادم القصير يفترض وجود السبب الصحيح ، والسبب الصحيح هو التصرف الذي ينقل الملكية لولا صدوره من غير مالك . ومن الواضح أن القسمة لا تنقل الملكية وإنما تكشف عن ملكية سابقة فتحدد محلها بحيث يظل سند التملك هو سند الملكية الشائعة ^(١) ، ومن ثم يتوقف أعمال التقادم الخبسي في هذه الحالة على هذا السند الأصلي . فإذا كان تصرفا ينقل للملكية لولا صدوره من غير مالك كان سببا صحيحا ، وإن لم يكن كذلك ، كما إذا كان الشركاء قد اقتسموا العقار معتقدين أنه ملك لمورثهم ، فلا يعتبر سببا صحيحا ويتعين الرجوع الى سند المورث .

١٤٠ - ومن الواضح أن تحليل هذا الفقه لأثر القسمة يرتبط بتصويره لطبيعة الشيوع ^(٢) ، ذلك التصوير الذي يرى أن محل حق الشريك المشتاع هو حصة معنوية وليس كيانا ماديا يتمثل في الشيء ذاته . وقد سبق أن رأينا أن هذه الحصة المعنوية هي في الواقع حصة في مضمون الحق ، بحيث يمكن القول بأن حق الشريك أثناء الشيوع محله هو الشيء المادى كله ولكن مضمونه هو حصة معينة من مضمون حق الملكية المفترزة كالثالث أو الربع . لذلك فلا يمكن مجازاة هذا الرأي فيما يذهب اليه من أن القسمة تحقق التطابق بين النطاق المادى والنطاق المعنوى لحق الشريك المشتاع . فالقسمة في الواقع تعطى لكل شريك حقا له كل مضمون الملكية المفترزة على جزء من الشيء بعد أن كان له حصة من مضمون الملكية المفترزة على الشيء كله . فحق الشريك بعد القسمة يختلف عن حقه قبلها في محله وفي مضمونه ، مما لا يمكن معه التسليم بأن للقسمة مجرد أثر كاشف

(١) في هذا المعنى : نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٢٩ ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٥ ، رقم ١٢١ ، ص ٨١٢ .

(٢) راجع ما تقدم ذكره في تكييفه حق الشريك المشتاع .

يقتصر على تحديد حق الشريك المشتاع دون المساس به في ذاته (١) .
ولكن اذا لم تكن القسمة كاشفة فما هو الأثر الذي يترتب عليها ؟

**العود الى اعتبار الافراز عملية ناقلة مع التسليم بانتقال الحقوق التي
قررها الشريك أثناء الشيوع الى ما يختص به بالقسمة :**

١٤١ - الواقع أن القول بأن للقسمة مجرد أثر كاشف ينكر الاختلاف
الواقعي بين حق الشريك المشتاع قبل القسمة وبعدها ، سواء في المحل أو
في المضمون . وفضلا عن ذلك فهو يتناسى الحق الذي كان للشريك على
الأجزاء التي لم تقع في نصيبه . لذلك فإن التكييف الصحيح للقسمة
لا بد أن يقوم على التسليم باختلاف حق الشريك المشتاع بعد القسمة
عنه قبلها ، وأن يبين مصير الحق الذي كان لهذا الشريك على بقية أجزاء
الشيء الشائع التي اختص بها شركاؤه . وليس من سبيل الى تفسير هذا
الوضع سوى الاعتراف بأن للقسمة أثرا ناقلا ، على نحو ما كان يذهب اليه
القانون الروماني والفقهاء التقليدي (٢) .

ولكن كيف يمكن ضمان حصول الشريك على الجزء الذي يختص به
من الشيء بالقسمة خاليا من آثار تصرفات الشركاء الآخرين دون حاجة
الى الأثر الرجعي للقسمة ؟ يذهب أستاذنا الدكتور منصور مصطفى
منصور الى وجوب تدخل المشرع لتقرير انتقال الحقوق (وكذلك سائر
التكاليف العينية) التي رتبها الشريك أثناء الشيوع على حقه الشائع
الى ما يختص به في القسمة تعميما للحكم الذي أتت به المادة ١٠٣٩/٢
في خصوص رهن الشريك حصته الشائعة رهنا رسميا . فهذه الوسيلة
تستجيب الى طبيعة حق الشريك المشتاع من حيث انه حق معرض منذ

(١) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، بند ٨٥ .

(٢) المرجع السابق ، بند ٨٦ .

نشأته للتحويل الى حق آخر ، فيكون حق الغير الذى يرتبه هذا الشريك على حقه الشائع معرضا كذلك للانتقال الى الحق الذى يتحول اليه محله . فضلا عن أنها توصل الى ما يقصر عنه الأثر الرجعى وهو احترام حق الغير الذى نشأ صحيحا فى حدود سلطة الشريك المتصرف ، وذلك بنقله الى ما وقع فى نصيب المتصرف ^(١) .

١٤٢ - ولا يحول دون التسليم بالأثر الناقل للقسمة ما يقال من أن الأثر الكاشف للقسمة يفسر كثيرا من أحكامها كتلك المتعلقة بالغبن والضمان ، أو بأثر التسجيل ، أو بعدم اعتبار القسمة سببا صحيحا يخول التملك بالتقادم الخمس .

١ - فإذا كان الواجب حماية الشركاء بعد القسمة من التصرفات التى يكون أحدهم قد أجراها منفردا على جزء مفرز من الشئ الشائع عن طريق تقرير عدم نفاذها فى حقهم ، فانه يكفى للوصول الى هذا الغرض أن نسلم كما قدمنا بأن مثل هذه التصرفات لا يترتب عليها أى أثر عيني قبل القسمة وبالتالي تعتبر غير نافذة فى حق الشركاء بعدها .

٢ - واذا كانت القسمة تهدف الى تحقيق المساواة بين المتقاسمين مما يترتب عليه اختلاف أحكام الغبن والضمان عنها فى البيع الذى يقوم على فكرة المضاربة ، فان هذا الهدف لا علاقة له بطبيعة القسمة من حيث كونها كاشفة أو ناقله . فهذا التكييف أو ذاك لا أثر له على الهدف الذى يسعى اليه المتقاسمون .

٣ - واذا كان عدم تسجيل القسمة لا يترتب عليه وفقا للمادة ١٠ من قانون الشهر العقارى سوى أنها لا تكون حجة على الغير ، خلافا للتصرفات

(١) المرجع السابق فى الموضع السابق .

الناقلة التي يترتب على عدم تسجيلها عدم انتقال الحق سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وفقا للمادة ٩ من نفس القانون ، فان هذه التفرقة بين النوعين من التصرفات ليس لها ما يبررها . يضاف الى ذلك أن المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري تبين أثر عدم تسجيل التصرفات الكاشفة ثم تجرى حكمها على القسمة ، مما يمكن أن يفهم معه أن المشرع لا يعتبر القسمة من قبيل التصرفات الكاشفة والا لما عني بالتنبيه الى أن حكم القسمة هو نفس حكم التصرفات الكاشفة (١) .

٤ - وإذا كان اعتبار القسمة تصرفا كاشفا وليس ناقلا يفسر من الناحية النظرية عدم صلاحيتها لتكوين السبب الصحيح في التقادم الخمس حيث أن هذا السبب هو التصرف الناقل للحق والذي لا يحول بينه وبين نقله سوى صدوره من غير مالك ، فان عدم اعتبار القسمة سببا صحيحا لا يسنده من الناحية الوضعية ، على نحو ما تذهب اليه محكمة النقض ، سوى نص المادة ٨٤٣ من التقنين المدني التي تقرر الأثر الرجعي للقسمة . فاذا ما ألغى هذا النص ، على نحو ما يطالب به الفقه الحديث ، لم يعد هناك ما يحول دون اعتبار القسمة سببا صحيحا . فالسبب الصحيح لا يعدو أن يكون سنداً « يدعم حسن نية الحائز بحيث يمكن وفقا للمألوف أن يعتمد عليه ويعتمد عليه الغير في اعتباره مالكا » (٢) . وهو ما يتوافر في القسمة .

٢ - الضمان في القسمة

١٤٣ - اذا تمت القسمة فاختص كل شريك بجزء من الشيء الشائع ،

(١) تنص المادة المذكورة على أن « جميع التصرفات والاحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية الاصلية يجب كذلك تسجيلها » ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ولو كان محلها أحوالا موروثة .

(٢) نقض مننى ١٦٥٤/٤/٢٩ السابق الاشارة اليه .

(٣) منصور مصطفى منصور ، حق الملكية ، بند ٨٧ .

فان المتقاسمين الآخرين يكونون ضامنين لما يقع له من تعرض أو استحقاق
حيما اختص به . هذا الضمان تفرضه طبيعة القسمة باعتبارها تصرفا ناقلا
للحق . فطالما أن كل متقاسم يعتبر قد تلقى من المتقاسمين الآخرين أنصبتهم
في الجزء المفرز الذي اختص به ، فقد كان من الطبيعي أن يضمن له هؤلاء
المتقاسمون ما يقع له من تعرض أو استحقاق في هذه الحصص ، مثلهم في
ذلك مثل البائع أو المقيض ^(١)

على هذا النحو نصت المادة ٨٤٤/١ على أن « يضمن المتقاسمون
بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة .
ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعرض مستحق الضمان ، على أن
تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة . فاذا كان أحد المتقاسمين
معسرا ، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين
غير المعسرين » . ويلاحظ أن هذا النص لم يفصل أحكام الضمان المترتب
على القسمة التفصيل الذي نعرفه في الضمان المترتب على البيع . لذلك
فيكمل هذا النص بالقواعد المنظمة للضمان في البيع في الحدود التي
لا تتعارض فيها هذه القواعد مع طبيعة القسمة والضمان المترتب عليها .

وقد نصت المادة ٨٤٤ على ضمان التعرض وضمان الاستحقاق
وحده ، لذلك يذهب الفقه الى أن الضمان لا يشمل ضمان العيوب الخفية،
على عكس الحال في البيع . ويرر الفقه السائد عدم ضمان العيوب
الخفية في القسمة على أساس القول بأن هناك فرق بين البيع والقسمة من
حيث أنه ليس هناك ما يضطر المشتري الى قبول مبيع معيب ، بينما لا بد
في القسمة من أن تشمل الشيء المعيب بحيث يقع في نصيب أحد المتقاسمين

(١) على أن هذا الضمان يظل مفهوما أيضا في ظل الفقه الذي يرى أن القسمة تصرف
كاشف يستند الى حق السريك الثابت منذ الشيوع ويقوم بتعديل محله بتركيزه في الجزء
المفرز الذي اختص به تركيزا يزيل ما كان يحول دون مباشرته على الوجه الاكمل .
(اسماعيل غانم ، بند ١٢٤ ، حسن كيرة ، ١٢٢ ، عبد المنعم فرج الصدة ، بند ١٥١ ،
السنهوري ، بند ٥٨٦) .

والواقع أنه اذا ما اكتشف عيب خفى فيما اختص به أحد المتقاسمين بالقسمة أمكن الالتجاء الى قواعد الغبن لتقضى القسمة اذا توافرت شروطه بأن كان الغبن يزيد على الخمس وكانت القسمة اتفاقية . ويبدو لنا أن هذا التبرير غير مقنع خاصة اذا كانت القسمة قضائية بحيث لا يستطيع المتقاسم الذي اكتشف العيب فى نصيبه الالتجاء الى الغبن ، مما يترتب عليه الاخلال بالمساواة بين المتقاسمين .

شروط الضمان :

١٤٤ - المقصود بالتعرض هو التعرض القانونى الذى يستند فيه المتعرض الى حق يدعيه ، سواء أكان حق ملكية ، أم حقا عينيا آخر ، كحق انتفاع ، أو حق ارتفاق غير ظاهر ، أم كان حقا شخصيا ، كما اذا تبين أن العقار الذى اختص به أحد الورثة فى القسمة كان مؤجرا من قبل المورث بأجر يقل عن أجر المثل . على أن المتقاسم لا يضمن حق الارتفاق اذا كان ظاهرا أو أشير اليه فى القسمة ، قياسا على ما نصت عليه المادة ١/٤٤٥ بصدده البيع . أما التعرض المادى فالتقاسم كالبالغ لا يضمنه ، ويستطيع المتقاسم الذى وقع له هذا التعرض أن يدفعه دون حاجة الى معونة المتقاسمين الآخرين ، ما لم يكن التعرض المادى صادرا من أحد منهم .

ويذهب الفقه الى أن الضمان يقدم ولو كان التعرض أو الاستحقاق من أحد المقاسمين الآخرين ، كما اذا تبين أن أحد الأشياء التى تشملها القسمة كان فى الحقيقة ملكا خالصا لهذا الشريك المتعرض فيجوز له المطالبة به ، ويرجع التقاسم الذى كان هذا الشيء فى نصيبه على المتقاسمين الآخرين ، بما فيهم المتقاسم الذى استحققت له العين ، بالضمان . بل ان الضمان

(١) اسماعيل غاثم ، بند ١٢٥ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩٠ .

يحق على المتقاسمين جميعا اذا تبين أن الشيء الذي اختص به أحدهم كان ملكا خالصا له وليس داخلا في الشيوع .

ومع ذلك ، فإنا نرى مع البعض انه اذا تمت القسمة فلا يجوز لأحد المتقاسمين أن يطالب بحق على شيء مما وقع في نصيب غيره من المتقاسمين بعد أن وافق على القسمة . وعلى ذلك فالسبيل الى مثل هذه المطالبة هو التمسك بإبطال القسمة للغلط ، بحيث تعاد القسمة من جديد بعد اخراج ما يكون مستحقا له من الأشياء المقسومة (١) .

ويشترط لقيام الضمان وفقا لنص المادة ٨٤٤ أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة ، اذ بالقسمة يستقل كل من المتقاسمين بما اختص به فلا يصبح مسئولا عما يحدث للمتقاسمين الآخرين . فاذا كان سبب الضمان أو الاستحقاق لاحقا على القسمة فلا يقوم الضمان . مثال ذلك أن يملك الغير العقار الذي وقع في نصيب أحد المتقاسمين بالتقادم بعد القسمة . على أن المتقاسم يضمن التعرض لسبب لاحق على القسمة اذا كان حق التعرض آيلا منه شخصيا قياسا على المادة ٣٩٩ الخاصة بالبيع ، اذا لا مبرر للفرقة في هذا في الصدد بين البيع والقسمة (٢) .

كذلك يشترط لقيام الضمان ألا يكون الاستحقاق راجعا الى خطأ المتقاسم نفسه ، فالمتقاسم يجب أن يتحمل وحده نتيجة هذا الخطأ . فلا يقوم الضمان مثلا اذ قصر المتقاسم في الدفاع فلم يتمسك قبل التعرض بالتقادم رغم أنه كان في امكانه ذلك ، أو اذا أغفل بوجه عام اشراك المتقاسمين الآخرين في الدعوى رغم أنه كان في امكانهم دفعها . ويطبق في هذا الشأن أحكام المواد ٤٤٠ و ٤٤١ الخاصة بالضمان في البيع .

(١) في هذا المعنى : منصور مصطفى منصور ، بند ٩١ .

(٢) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٠ .

وأخيرا يشترط لقيام الضمان الا يكون هناك اتفاق صريح يقضى بالاعفاء من الضمان في الحالة الخاصة التي نشأ عنها . فالاتفاق على الاعفاء من الضمان ممكن في القسمة كما في البيع . على أن مثل هذا الاتفاق في القسمة يختلف عنه في البيع في أنه لابد أن يكون صريحا من ناحية ، وأن يكون خاصا تحدد فيه أسباب الاستحقاق التي يكون الاعفاء منها من ناحية أخرى ، بعكس البيع الذي يمكن أن يكون فيه الاعفاء من الضمان ضمنيا أو عاما دون تحديد لسبب معين من أسباب الضمان .

آثار الضمان :

١٤٥ — اذا تحققت شروط الضمان ، فأخطر المتقاسمون بدعوى الغير ، كان عليهم الاشتراك مع المتقاسم المدعى عليه في دفعها . فاذا حكم للمدعى بالاستحقاق انحصر التزام المتقاسمين بالضمان في تعويض المتقاسم المستحق منه . ذلك أن المشرع لم يرد أن يرتب على الاستحقاق إعادة القسمة من جديد بما تتطلبه من جهد ونفقة وعدم استقرار ، واكتفى لتحقيق المساواة بين المتقاسمين بتعويض المتقاسم المستحق منه بمبلغ نقدي عما نقص من نصيبه نتيجة ثبوت حق الغير .

وتوزع الخسارة على المتقاسمين جميعا — بما فيهم المتقاسم المطالب بالضمان — بنسبة حصة كل منهم . وتحقيقا للمساواة الفعلية بين المتقاسمين نصت المادة ١/٨٤٤ على أنه « اذا كان أحد المتقاسمين معسرا ، وزع التعويض الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين » .

وقد نص المشرع صراحة على أن تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء تمهيدا لحساب الخسارة التي ترتبت على الاستحقاق ، بقيمة هذا الشيء وقت القسمة لا وقت الاستحقاق ، على عكس الحال في البيع حيث تكون

العبرة في تقدير الشيء المبيع ، لمعرفة التعويض المترتب على الاستحقاق ، بقيمته وقت الاستحقاق لا وقت البيع . ويرجع هذا الفرق بين القسمة والبيع الى أن أساس الضمان في القسمة هو تحقيق المساواة بين المتقاسمين ، والعبرة في هذه المساواة بوقت القسمة ، بينما أساس الضمان في البيع هو حصول المشتري على القيمة التي فقدتها بالاستحقاق ، وهذه القيمة تتمثل فيما نقص من قيمة المبيع بالاستحقاق وقت هذا الاستحقاق .

والواقع أن اتخاذ قيمة الشيء وقت القسمة أساسا للتعويض محل نظر ، كما يرى البعض بحق ، إذ أنها لا تؤدي الى المساواة بين المتقاسمين . فتحقيق المساواة بين المتقاسمين يكون وقت القسمة وحده ، بحيث يكون من الطبيعي أن تتغير قيمة الأجزاء المقسومة بعدها ، فيستفيد كل متقاسم أو يضار من هذا التغير ، ومن ثم فالتعويض وفقا لقيمة الشيء وقت القسمة يترتب عليه الإخلال بالمساواة التي كانت قائمة وقت اجرائها ، فيزيد أو ينقص نصيب المتقاسم الذي حصل له التعرض عما كان يجب أن يكون عليه فيما لو يحدث هذا التعرض (١) .

ويسقط الالتزام بالتعويض بمضي خمس عشرة سنة طبقا للقواعد العامة . وتسرى هذه المدة من وقت الاستحقاق باعتباره الوقت الذي ينشأ فيه الالتزام بالتعويض .

(١) انظر في هذا الشأن : منصور مصطفى منصور ، بند ٦٠ .

الفصل الثاني

الشيوع الاجبارى

١٤٦ - الأصل فى الشيوع التوقيت ، بحيث يكون مصيره الزوال بالقسمة واستبدال كل شريك ملكية مفرزة لجزء من المال الشائع بحقه الشائع على المال كله . على أن الشيوع قد يكون وضعاً معداً للدوام بالنظر الى التخصيص المعد له المال الشائع . وفى هذا الشأن تنص المادة ٨٥٠ على أنه « ليس للشركاء فى مال شائع أن يطلبوا قسمته اذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال ، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع » . فالذى يميز الشيوع الاجبارى عن الشيوع العادى هو أن المال الشائع فى الشيوع الاجبارى مخصص لغرض معين ، وأن هذا الغرض يقتضى أن يبقى المال على الشيوع دائماً طالما بقى هذا المال مخصصاً لهذا الغرض . وعلى ذلك فالمال الشائع شيوعاً اجبارياً لا يجوز قسمته الا اذا انتهى تخصيصه للغرض المعد له والذى يقتضى بقاءه على الشيوع ، لأى سبب من الأسباب .

١٤٧ - ويتوافر الشيوع الاجبارى فى صورتين أساسيتين : الشيوع الاجبارى الأصلى والشيوع الاجبارى التبعى . فأما الشيوع الاجبارى الأصلى فيتحقق اذا ما كان المال الشائع مخصصاً ، بصفة مستقلة ، لخدمة أو انتفاع مجموعة من الأشخاص على وجه الدوام ، كمباني مدافن الأسرة ^(١) ، وصورها ووثائقها . ويمكن أن نضيف الى هذه الصورة

(١) أما أراضى المدافن فانها نهى من الاشياء العلمية ، ولا يكون البناء عليها الا بترخيص اذنى (راجع فى هذا الشأن : محمد كامل مرسي ، بند ١٧٣) .

جميع الحالات التي يكون فيها الشخص المعنوى ذاته مملوكا لعدة أشخاص ، كما هو الشأن بالنسبة للشركات ، اذا أن الشخص المعنوى المملوك يكون في هذه الحالات مخصصا لغرض معين في سبيل خدمة أو انتفاع الأشخاص المالكين له .

وأما الشيوخ الاجبارى التبعى فيتحقق اذا ما وجد شيء شائع مخصص لخدمة عقارات أو أجزاء من عقار واحد مملوكة للشركاء على سبيل الافراز ، كالمسقاة المشتركة اذا كانت مملوكة على الشيوخ ، والساقية المشتركة ، والفناء أو الممر المشترك ، والحائط الفاصل المشترك ، والأجزاء المشتركة في منزل مقسم الى شقق أو طبقات لملاك مختلفين .

والشيوخ الاجبارى التبعى اذا ما كان واردا على عقار فانه يتفق على هذا النحو مع حقوق الارتفاق في أن الشيء الشائع مخصص لخدمة عدة عقارات أو أجزاء من عقار مملوكة على سبيل الافراز ، على نحو ما يخصص العقار المرتفق به لخدمة العقار المرتقن . غير أن الشيوخ الاجبارى التبعى يظل متميزا عن حقوق الارتفاق ، ففي الشيوخ الاجبارى التبعى يكون العقار الخادم مملوكا لأصحاب العقارات المخدومة على سبيل الشيوخ ، بينما في حقوق الارتفاق يكون العقار المرتفق به مملوكا لمالك آخر غير مالك العقار المرتفق ^(١) لذلك فتسرى على الشيوخ الاجبارى التبعى أحكام الملكية دون أحكام الارتفاق .

(١) انظر في هذا المعنى :

محمد كليل مرمى ، بند ١٥٣ ، شفيق شحاته ، ص ١٧٥ هـ ٢ ، محمد على عرفة ، بند ٣٤٥ ، عبد البدر اوى ، بند ١٦٩ ، اسماعيل غانم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، بند ١٧١ ، السنهورى ، بند ٥٩٧ .

Aubry et Rau, T. 2, No. 221 ; Baudry Lacantinerie et Chauveau, No. 274 ; Planiol, Repert et Picard, T. 3, No. 294 ; Colin, Capitant et de La Morandière, T. 1, No. 1043 et ss.; Carbonnier, p. 93.

فالحق في العقار الشائع شيوعا اجباريا تبعا لا يسقط بعدم الاستعمال
بينما الحق في الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة .

فالحق في العقار الشائع شيوعا اجباريا تبعا لا يمكن تغيير محله
من عقار الى عقار آخر ، بينما الحق في الارتفاق يمكن تغيير محله الى
موضع آخر من العقار المرتفق به اذا كان موضعه الأصلي قد أصبح من
شأنه زيادة عبء الارتفاق على هذا العقار أو منع أحداث تحسينات فيه
(م ١٠٢٣ / ٢) (١) .

والحق في العقار الشائع شيوعا تبعا يخول صاحبه الانتفاع بالعقار
الشائع - في الحدود التي سوف نراها - (٢) ودفع اعتداء الغير عليه ،
بينما استعمال صاحب الارتفاق للعقار المرتفق به يقتصر على حدود الارتفاق
المخول له ، ولا يكون له دفع اعتداء الغير على هذا العقار طالما لم يكن
هناك اعتداء على حقه (٣)

١٤٨ - واذا كان الفرق الجوهرى بين الشيوع الاجبارى وبين الشيوع

(١) اسماعيل غاتم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، بند ١٧١ .

(٢) اسماعيل غاتم ، بند ١٤٤ ، حسن كيرة ، بند ١٧١ ، السنهورى ، بند ٥٩٧ .

(٣) فاذا افترضنا ان هناك عقاران يفصل بينهما طريق معين ، فان كان هذا الطريق ملكة
مشتركة كان لكل شريك - بجانب المرور - أن يفتح مطلا عليه دون أن يلتزم بترك مسافة في
ملكه الا اذا كان عرض الطريق اقل من المسافة القانونية فيلزم بترك مسافة تساوى الفرق
بين عرض الطريق وبين المسافة القانونية (انظر في هذا الشأن : نقض مدنى ١٩٤٤/١١/٢ ،
مجموعة هـ ، س ٤ ، رقم ١٥٤ ، س ٢٤٣٠ ، ٢) وكان له سد المطل الذي يفتحه جارثالث
على هذا الطريق دون أن يترك المسافة القانونية في ملكه ولو كان ذلك المطل في الناحية
اللاصقة لعقار شريكه . اما اذا كان هناك طريق مملوك ملكة خالصة لاحد الجارين ولكن
للاخر ارتفاق بالمرور فيه فليس لهذا الجار سوى المرور بحيث يلزم اذا اراد البناء أن يترك
من ملكه المسافة القانونية كلها مهما كان عرض الطريق ، وليس له أن يطلب بمسد المطل
الذى يقيمه جار ثالث دون مراعاة المسافة القانونية . واذا كان هناك طريق نصفه مملوك
ملكية خالصة لاحد الجارين ونصفه الآخر مملوك ملكية خالصة للجار الاخر وكان لكل من
الجارين حق ارتفاق بالمرور على الجزء المملوك لشريكه وجب على كل من الشريكين اذا اراد
فتح مطل على الطريق أن يترك المسافة القانونية بين حافة المطل وبين منتصف الطريق ،
واذا اقدم جار ثالث على فتح مطل على الطريق دون مراعاة المسافة القانونية فله المطالبة
بهذه ان كان على نصف الطريق المملوك له وليس له ذلك ان كان على النصف الاخر .

العادى هو أن الأول بعكس الآخر لا يقبل القسمة ، فان هذا الفرق يرجع الى الغرض الذى يخصص له المال الشائع شيوعا اجباريا • ولكن الغرض المخصص له المال الشائع شيوعا اجباريا ينعكس كذلك على أحكامه ، سواء فيما يتعلق بالانتفاع به أو فيما يتعلق بالتصرف فيه ، على نحو يميز بين هذه الأحكام وبين أحكام الشيوع العادى •

١ - ففى الشيوع العادى لا يجوز لأى من الشركاء أن يستعمل الشئ الشائع دون موافقة بقية الشركاء لما يتضمنه ذلك من تعد على حقوقهم ، بينما يجوز لكل من الشركاء فى الشيوع الاجبارى أن يستعمل الشئ الشائع اذا لم يكن فى هذا الاستعمال ما يتعارض مع الغرض المخصص له ، أو ما يكون من شأنه الأضرار بالشركاء الآخرين ، اذ أن الشئ الشائع شيوعا اجباريا مخصص للاستعمال فى هذا الغرض لمصلحة جميع الشركاء • فاذا كان هناك طريق مملوك على الشيوع لمالكى الأراضى المجاورة له ، كان لكل منهما أن يفتح مطلا عليه كما تقدم ، أما اذا كان هناك أرض مملوكة على الشيوع العادى لمالكى الأراضى المجاورة فليس لأى منهم أن يفتح مطلا فى ما يقيمه من بناء فى عقاره ما لم يراع المسافة القانونية من حد الأرض الشائعة الملاصق لعقاره ، اذ أن فى فتح مطل مباشر على الأرض الشائعة ما ينقص من قيمتها ويمس بالتالى بحق الشريك الآخر •

أما اذا كان فى استعمال الشريك للشئ الشائع شيوعا اجباريا ما يتعارض مع الغرض المخصص له أو ما يضر بشركائه ، فان هذا الاستعمال يمتنع عليه • فليس للشريك فى المسقاة مثلا أن يستعملها لرى أرض أخرى مملوكة له غير المخصصة لها المسقاة ، وليس له أن يستعملها على وجه يحول بين شركائه وبين رى أراضيمهم المخصصة لها المسقاة •

٢ - وفى الشيوع العادى توزع تفقات الشئ الشائع على الشركاء بنسبة حق كل منهم الى حقوق شركائه • ولكن هذه القاعدة ان كانت

تنطبق على الشيوع الاجبارى الأسمى ، فان تطبيقها على الشيوع الاجبارى التبعى محل شك ، لأن الشئ الشائع شيوعا اجباريا تبعيا يكون مخصصا لخدمة عقارات مملوكة ملكية مفرزة للشركاء ، مما تقتضى العدالة معه بتوزيع نفقات هذا الشئ على الشركاء بنسبة قيمة العقارات التى يملكها كل منهم ملكية مفرزة والتى أعد الشئ الشائع لخدمتها (١) . ومع ذلك فيلاحظ أن الغالب أن يكون الشئ الشائع شيوعا اجباريا مملوكا للشركاء بنسبة قيمة عقاراتهم المفرزة التى تنتفع به .

٣ - وفى الشيوع العادى يجوز للشريك أن يتصرف فى حقه الشائع لمن يشاء ، بينما لا يجوز للشريك فى الشيوع الاجبارى أن يتصرف فى حقه على نحو يتعارض مع الغرض المخصص له الشئ الشائع . فليس للشريك فى مدافن الأسرة مثلا أن يتصرف فى حقه لأجنبى . وليس للشريك فى الشيوع الاجبارى التبعى أن يتصرف فى حقه الا مع العقار التابع له . واذا كانت هذه هى القواعد العامة فى الشيوع الاجبارى فقد خص المشرع صورتين منها بتنظيم مفصل ، هما صورة الحائط الفاصل المشترك وصورة ملكية الطبقات أو الشقق (٢) .

المبحث الأول : ملكية الحائط الفاصل المشترك

المبحث الثانى : ملكية الطبقات أو الشقق

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، بند ١٤٥ ، منصور مصطفى منصور ، بند ٩٧ ، Marty et Raynaud, op. cit., No. 236.

وقارب : عبد المنعم البدر اوى ، بند ١٧٠ . وقارن حسن كيرة ، بند ١٤٠ .

(٢) عهد المشرع فى التقنين المدنى الحالى الى وضع نظام خاص لملكية الاسرة روعى فيه ما يربط افراد الاسرة من صلة وثيقة لا تتحقق عادة بين الشركاء المشتاعين الذين لا تربطهم رابطة الاسرة الواحدة . فقد يبقى افراد الاسرة الواحدة فى الشيوع بعد موت مورثهم يستثمرون تركته معا اذا كانت أرضا زراعية أو محلا تجاريا مثلا ، أو يستعملونها معا اذا كانت منزلا يسكنونه . وقد يقدم افراد الاسرة ما يملكه كل منهم لاستثماره أو استعماله معا دون أن يرجع أصله لفرقة مشتركة .

وتنص المادة ٨٥١ على أن « لأعضاء الاسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمىسل أو المصلحة ، أن يتفقوا كتابة على انشاء ملكية للأسرة . وتتكون هذه الملكية اما من فرقة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، واما من أى مال آخر مملوك لهم اتفقوا على ادخاله فى هذه الملكية » . ويتضح من هذا النص أن ملكية الاسرة لا تكون الا بين أعضاء الاسرة الواحدة . ويذهب بعض الفقه الى أن المقصود بأعضاء الاسرة الواحدة المعنى الذى تأخذ به المادة ٣٤ مدنى فى نصها على أن :

المبحث الأول

ملكية الحائط الفاصل المشترك

١٤٩ - إذا كان الحائط الفاصل بين جارين مملوكا لهما على الشيوع كان هذا الشيوع اجباريا نظرا لطبيعة الغرض المخصص له هذا الحائط .
مثل هذا الاشتراك في الحائط قد ينتج من اشتراك الجارين في اقامته أو من اتفاق من أقامه منهما على اشراك الآخر فيه ، أو من اكتساب أحدهما الملكية المشتركة في الحائط الذي بناء الآخر بالتقادم أو بالالتصاق .
وقد وضع المشرع قرينة على الاشتراك في الحائط الفاصل فنص في المادة ٨١٧ على أن « الحائط الذي يكون وقت انشاءه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ، ما لم يقيم الدليل على العكس » .

ومقتضى هذا النص أنه يشترط لقيام هذه القرينة شرطان :

فأما الشرط الأول فهو أن يكون الحائط الفاصل فاصلا بين بناءين

= « ١ - تتكون أسرة الشخص من ذوى قريبه . ٢ - ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك » . فلا يصح انشاء هذه الملكية بين من لا يجمعهم سوى قرابة المصاهرة كالزوجين ، لان أحدهما لا يعتبر من ذوى القربى بالنسبة للآخر . على أن جانباً من الفقه قد ذهب بحق الى عدم التقيد بنص المادة ٣٤ في تحديدها لمعنى الأسرة في هذا المجال وأجاز انشاء ملكية الأسرة بين الزوجين نظرا لان أساس نظام ملكية الأسرة هو الرابطة القوية بين الشركاء وأن هذه الرابطة تكون أقوى ما يمكن بين الزوجين .

ويبدو من نص المادة ٨٥١ أنها تشترط لقيام ملكية الأسرة أن يجمع أعضاء الأسرة « وحدة العمل أو المصلحة » . ولكن الواقع أن وحدة العمل أو المصلحة لا تعدو أن تكون الغرض الذي لا يتصور بدونه الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة ، وليست شرطا لانعقاد الاتفاق على انشاء ملكية الأسرة بحيث يترتب على تخلفه بطلان الاتفاق .

وملكية الأسرة تشمل ما يكون مملوكا لأعضائها من منقول أو عقار ويتفق على ادخاله فيها، أيا كان سبب اكتساب ملكيته وسواء أكان هو الميراث أم غيره من أسباب كسب الملكية . على أن الجوهرى في ذلك أن تكون الأشياء الداخلة في ملكية الأسرة مملوكة للأعضاء وقت الاتفاق فلا يصح الاتفاق على انشاء ملكية أسرة بالأموال التي تؤول اليهم في المستقبل .

وملكية الأسرة لا تنشأ الا باتفاق كتابي بين أعضاء الأسرة . فإذا لم يوجد اتفاق فلا تقوم ملكية الأسرة أصلا نظرا لان رابطة التعاون التي تقوم عليها ملكية الأسرة قد لا تكون متوافرة بين أعضاء الأسرة ، وكذلك الحال إذا لم يكن هذا الاتفاق كتابيا . فالكتابة شرط لانعقاد لا للأنبسات .

لا مجرد فاصل بين عقارين • فإذا كان ملك أحد الجارين أرضا غير مبنية فلا يفترض الاشتراك في ملكية الحائط الفاصل ولو كان ملك الجار الآخر بناء •

وأما الشرط الآخر فهو أن يكون الحائط فاصلا بين البناءين منذ انشائه لا في تاريخ لاحق • فإذا كان أحد الجارين قد بنى في ملكه ، ثم تبعه الآخر في البناء مستترا ببناءه ، فلا يفترض الاشتراك في الحائط الفاصل بينهما •

= وقد وضعت المادة ٢/٨٥٢ حدا أقصى للمدة التي يجوز الاتفاق على بقاء ملكية الاسرة خلالها خمس عشرة سنة خلافا للاتفاق على البقاء في الشيوع العادى الذى لا يجوز لمدة تجاوز خمس سنوات ، ومع ذلك فقد أجازت المادة ١/٨٥٢ « لكل شريك أن يطلب من المحكمة الاذن في اخراج نصيبه من هذه الملكية قبل انقضاء الاجل المتفق عليه اذا وجد مبرر قوى لذلك » . فإذا لم يتفق على مدة ملكية الاسرة كان لكل شريك « أن يخرج نصيبه منها بعد ستة أشهر من يوم أن يعلن الى الشركاء رغبته في اخراج نصيبه » .

وتعتبر ملكية الاسرة ملكية شائعة بين الاعضاء ، وتطبق عليها احكام الشيوع في كل ما لم يرد بشأنه نص . على أن هذه الملكية تختلف عن الملكية الشائعة في وضعها العادى فيما يتعلق بالادارة وفيما يتعلق بالتصرف .

ففيما يتعلق بالادارة يجب أن يكون المدير الذى تعينه اقلية الشركاء العادية اقدمهم لا أجنبيا منهم نظرا لما بين الشركاء من رابطة تمنع فرض اجنبى لا يرغبونه عليهم ، ويكون لهذا المدير القيام بأعمال الادارة العادية وغير العادية رغم أنه معين بالاقلية العادية (م ١/٨٥٤) . وليس للأقلية الاعتراض على أعمال المدير وان كان لها أن تطلب من المحكمة عزله اذا وجد سبب قوى يبرر ذلك (م ٨/٨٥٤) . ويجوز عزل المدير بالطريقة التى عين بها ولو اتفق على غير ذلك . وتطبق قواعد الوكالة في علاقة الشركاء بالمدير أو في علاقتهم بالغير الذى تعامل معه (م ٨٥٥) .

أما فيما يتعلق بالتصرف فقد نصت المادة ٨٥٢ على أنه « ١ — ولا يجوز لى شريك أن يتصرف في نصيبه لأجنبى عن الاسرة الا بموافقة الشركاء جميعا » .

٢ — وإذا تملك أجنبى من الاسرة حصة أحد الشركاء برضاء هذا الشريك أو جبرا منه فلا يكون الأجنبى شريكا في ملكية الاسرة الا برضائه ورضاء باقى الشركاء » .

فالتصرف الى أحد الشركاء صحيح وثانف في حقهم دون حاجة الى موافقتهم لانتهاء مظنة تضررهم . والتصرف الى أجنبى لايجوز الا بموافقة انشركاء جميعا على التصرف ، ولكن يجوز بيع الحق الشائع لأحد الشركاء جبرا منه تنفيذا من دائنيته على امواله . وإذا تملك أجنبى حصة أحد الشركاء سواء بموافقة باقى الشركاء اذا كان البيع اختياريا أو بدون حاجة الى موافقتهم اذا كان البيع جبريا ، فإنه لا يصبح بمقتضى ذلك شريكا في ملكية الاسرة وانصب يتعين اخراج حصته من هذه الملكية ما لم يتوافر اتفاق بينه وبين الشركاء جميعا على دخوله في ملكية الاسرة (م ٢/٨٥٢) حتى لا يضرر من ذلك المتصرف اليه أو الشركاء .

فاذا توافر الشرطان افترض أن الحائط الفاصل مملوك لمالكى البنائين حتى أعلى جزء من البناء المنخفض . ولكن يجوز لأى منهما أن يقيم الدليل على أنه أقام هذا الحائط فى ملكه وعلى ثقته .

واذا ثبت الاشتراك فى ملكية الحائط فان هذا الحائط يعتبر مملوكا على سبيل الشيوع الاجبارى ، فلا يجوز قسمته بين الشركاء ولا يجوز لأى منهم التصرف فى حصته فيه استقلالا عن البناء الذى يملكه ، على نحو ما رأيناه فى القواعد العامة للشيوع الاجبارى .

والأصل كذلك أن لكل مالك أن يستعمل الحائط المشترك فى حدود الغرض المخصص له وبشرط عدم الاضرار بالشركاء الآخرين . وقد نصت المادة ٨١٤/١ على ذلك بقولها « لمالك الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له » ، ثم مثلت لهذا الاستعمال فأجازت لمالك الحائط المشترك « أن يضع فوقه عوارض ليسند عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته » . وطبيعى أنه من الجائز أن تمتد هذه العوارض الى ما يجاوز نصف سمك الحائط لأن حق كل شريك من الشركاء يرد على الحائط كله . ولكن لما كان الغرض من الحائط المشترك أن يستند به العقاران المتجاوران فانه لا يجوز لأى من الشريكين أن يفتح فيه مناور ، بعكس الحال فى الحائط الفاصل المملوك لأحد الجارين ملكية خالصة .

وقد نصت المادة ٨١٤/٢ على أنه « اذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة ، فنفقة اصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه » . فالاشتراك فى نفقات الحائط المشترك يكون بنسبة حق كل شريك ، على نحو ما تقضى به القواعد العامة فى الشيوع العادى . ومن الواضح أنه لا مجال للاشتراك فى النفقات اذا كانت الفائدة

منها تعود على أحد الشريكين دون الآخر ^(١) ، أو إذا كانت الحاجة اليها نتيجة لخطأ أحد الشركاء ولو كانت منفعتها تعود عليهما معا ^(٢) . وللشريك أن يتخلص من الاشتراك في النفقات إذا تخلى عن الملكية بما يستتبعه ذلك من عدم الاتفاع بالحائط .

١٥٠ - وقد أجازت المادة ٨١٥ للمالك إذا كانت له مصلحة جديدة في تعلية الحائط المشترك أن يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضرراً بليفاً . وليس هذا سوى تطبيق لحق الشريك في الشيوع الاجبارى في التعديل فى الشئ لتحقيق مصلحته الشخصية مادام ذلك لا يضر بشريكه .

فإذا كان الحائط صالحاً لتحمل التعلية دون حاجة الى إعادة بنائه كان على الشريك الذى يريد التعلية « وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء المعلق ، وعمل ما يلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئاً من متاعه » (م ٨١٥ / ١) . فبالإضافة الى نفقات الجزء المعلق يكون على من يريد التعلية أن ينفق وحده على الأعمال التى تستلزمها التعلية فى الجزء الأسفل المشترك .

« وإذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط على نفقته بحيث يقع ما زاد من سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة » (م ٨١٥ / ٢) . فنفقات الهدم والبناء تكون على من يريد التعلية . وكذلك يتعين على من يريد التعلية أن يجرى زيادة سمك الحائط فى أرضه إذا اقتضى الأمر ذلك ، فإذا قدرت زيادة السمك فى أرضه ولزم أن يشغل جزء من أرض جاره تعين عليه أن يعوضه عن ذلك .

(١) منصور مصطفى منصور ، بند ٩٩ ، السنهورى ، بند ٦٠٤
Planol, Repert et Picard, T. 3, No. 310.

(٢) الامهال التحضيرية ، ج ٦ ، ص ٦٥ .

ويلاحظ أن الحق في التعلية مشروط في الحالتين بعدم الاضرار بالجوار ضررا بليغا . فإذا كان يترتب على هدم الحائط المشترك انهدام بناء الجار أو أحداث خلل فيه فلا يجوز لجاره الشريك في هذا الحائط هدمه لاعادة بنائه .

فإذا تمت التعلية دون حاجة الى هدم الحائط أو بعد هدمه واعادة بناءه ، ظل الجزء الأسفل ملكا مشتركا دون أن يكون لمن قام بذلك مطالبة الآخر بتعويض . أما الجزء العلوي فيكون ملكا خالصا لمن قام بالتعلية . على أن المشرع قد خول للشريك في الجزء الأسفل الحق في الاشتراك في ملكية الجزء العلوي جبرا على مالكة إذا دفع نصف ما أثق عليه ونصف قيمة الأرض التي تقوم عليها زيادة السمك ان كانت هناك زيادة من ناحية محدث التعلية (م ٨١٦) . ويظل هذا الحق في الاشتراك في ملكية الجزء العلوي قائما طالما بقي الاشتراك في الجزء الأسفل دون أن يسقط بالتقادم .

المبحث الثاني

ملكية الطبقات أو الشقق

١٥١ - يقصد بملكية الطبقات أو الشقق ملكية البناء الذي يتعدد ملاكه بحيث يكون لكل منهم طبقة أو شقة خاصة به يملكها ملكية مفرزة ، مما يستتبع تملكهم للأجزاء المشتركة من البناء ملكية شائعة .

وقد انتشر هذا النوع من الملكية في بعض الدول الأجنبية عقب الحربين العالميتين وما تبعهما من أزمة الاسكان . وقد بدأ أخيرا في الانتشار في مصر بعد أن لجأت بعض الجمعيات التعاونية من ناحية والدولة من ناحية أخرى الى بناء المساكن وتوزيعها .

وقد عرفت الشريعة الاسلامية كذلك نظام الطبقات ، على أساس تقسيم البناء الى طبقات يملك كل مالك طبقة منها بما فيها من جدران وما يعلوها من سقف ملكية مفرزة وبحيث يكون لصاحب الطبقة الأعلى وتسمى « العلو » حق القرار على الطبقة التي تحتها وتسمى « السفلى » . وهذا النظام يختلف عن نظام ملكية الطبقات أو الشقق الذي ينتشر في الوقت الحاضر ، حيث يقوم هذا النظام الأخير على أساس النظر الى هيكل البناء كوحدة يملكها الشركاء ملكية شائعة وتقتصر الملكية المفرزة لكل مالك على الجدران الثانوية التي توجد داخل الطبقة أو الشقة وما تشمله الطبقة أو الشقة في الداخل من أدوات وما تكسى به الأرضية من أخشاب أو بلاط أو غيرها .

وقد استمد التقنين المدني تنظيمه لملكية الطبقات أو الشقق في المواد من ٨٥٩ الى ٨٦٩ من القانون الفرنسي ، ولكنه في نفس الوقت يضع في المواد ٨٥٩ ، ٨٦٠ ، ٨٦١ تنظيمًا لعلاقة صاحب العلو بصاحب السفلى مستمدا من أحكام الشريعة الاسلامية دون أن يتنبه الى ما بين التنظيمين من تعارض . وقد ذهب الفقه — دفعا لهذا التعارض — الى القول بوجود نظامين مستقلين لملكية الطبقات أو الشقق في مصر : النظام الأول هو المأخوذ عن القانون الفرنسي ، وهو الأصل الواجب التطبيق ما لم يوجد في سندات الملكية ما يخالفه ، والنظام الآخر هو النظام المأخوذ عن الشريعة الاسلامية ، وهو لا يطبق الا اذا تبين من سندات الملك أخذ الشركاء به ^(١)

المطلب الأول النظام العام لملكية الطبقات أو الشقق
المطلب الثاني : النظام الاتفاقي لملكية الطبقات (العلو والسفل)

(١) اسماعيل خاتم ، بند ١٤٩ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٠ ، السنهوري ، بند ٦١٤ ومع ذلك فلا يميز بعض الفقه بين النظامين . انظر في ذلك : محمد كامل مرسى ، ج ٢ ، بند ١٦٥ ، محمد علي عرفه ، بند ٣٥٩ وما بعده ، عبد المنعم البدرأوى ، بند ١٧٦ ، حسن كيرة ، بند ١٨٤ وما بعده ، خاصة ص ٦٠٤ ج ٢ .

المطلب الأول

النظام العام للملكية الطبقات أو الشقق

الاجزاء المشتركة والاجزاء الخاصة :

١٥٢ - الأصل أن الاجزاء المشتركة يحددها السند المنشئ للملكية الطبقات . فاذا لم يتضمن هذا السند تحديد صفة جزء من الاجزاء فيعتبر ملكية مشتركة اذا كان معدا للاستعمال المشترك بين جميع الملاك . وقد نصت المادة ٨٥٦ على هذا المعيار مع التمثيل لهذه الاجزاء بقولها « اذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة ، فانهم يعدون شركاء في ملكية الأرض وملكية اجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأفنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل أنواع الأنابيب الا ما كان منها داخل الطبقة أو الشقة ، كل هذا ما لم يوجد في سندات الملك ما يخالفه » . واستنادا الى الأمثلة التي ضربها المشرع للاجزاء المشتركة - وخاصة الأساسات والجدران الرئيسية - يمكن القول ان هيكل البناء كله يعتبر من الاجزاء المشتركة بين جميع الملاك حتى فيما يتعلق بالاجزاء التي تكون بعيدة من هذا الهيكل عن طابق أو شقة كل منهم .

على أن الاجزاء المعدة لاستعمال بعض الملاك دون البعض الآخر ، كالحواجز الداخلية الفاصلة بين شقتين ، تكون مشتركة بين هؤلاء الملاك وحدهم . وقد نصت المادة ٨٥٦/٣ على ذلك بقولها « الحواجز الفاصلة بين شقتين تكون ملكيتها مشتركة بين أصحاب هاتين الشقتين » .

أما الاجزاء الخاصة بكل مالك فهي الاجزاء المعدة لاستعماله المنفرد، كالحواجز الفاصلة بين الحجرات ، والأدوات والأنابيب داخل الطبقة أو الشقة والأخشاب والبلاط وخلافه مما قد تكسى به الجدران أو السقف أو الأرضية ، كما تشمل النوافذ والشرفات في رأى البعض .

تحديد أنصبة الشركاء في الأجزاء المشتركة :

١٥٣ - وقد حددت المادة ٨٥٦/٢ نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة « بنسبة قيمة الجزء الذي له في الدار » أي بنسبة قيمة الطبقة أو الشقة التي يملكها . وتظهر أهمية تحديد هذا النصيب في نواح مختلفة ، كتحديد نصيب كل مالك فيما قد يستحق من مقابل لجزء من هذه الأجزاء نتيجة بيعه أو نزعه للمنفعة العامة أو التعدي عليه من الغير ، وكتحديد نصيبه في نفقات هذه الأجزاء ، وتقدير رأى المالك عند حساب الأغلبية المطلوبة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة الأجزاء المشتركة .

وإذا كان المشرع قد حدد نصيب كل مالك في الأجزاء المشتركة بنسبة قيمة الجزء الذي يملكه في المبنى ، فإنه لم يضع أساسا لتحديد هذه القيمة ولم يبين الوقت الذي تحدد فيه .

ويذهب بعض الفقه الى تحديد قيمة نصيب كل مالك على أساس مساحته من ناحية وموقعه من ناحية أخرى ، على نحو ما يذهب اليه المشرع الفرنسي في المادة السادسة من قانون سنة ١٩٣٨ (١) أما وقت تحديد هذه القيمة فقد اختلف فيه بين وقت النزاع الذي تثار بشأنه مسألة التقدير وبين وقت انشاء البناء . فقد ذهب البعض (٢) الى تحديد قيمة نصيب كل مالك وقت النزاع بحيث يدخل في حساب هذه القيمة ما يكون قد لحق هذا النصيب من زيادة أو نقص في قيمته بعد الانشاء ، كما لو أصبح الحي الموجود به البناء حيا تجاريا مما يمكن معه استخدام الطبقات السفلى في البناء كمحلات تجارية بما يزيد في قيمتها دون قيمة الطبقات العليا . وذهب البعض الآخر ، وهو ما تفضله ،

(١) منصور مصطفى ، بند ١٠٢ .

(٢) محمد علي مرفه ، بند ٢٥٧ . وقارب : عبد المنعم البجراوى ، بند ١٧٧ .

الى الاعتداد بقيمة البناء وقت انشائه ، دفعا لما قد يشور من منازعات فيما لو قلنا بالتقدير وقت النزاع ^(١) .

حقوق الشركاء وواجباتهم :

١٥٤ - واذا كانت ملكية الطبقات أو الشقق تقوم على أساس التفرقة بين الأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة ، فإن كلا منهما يخضع لنظام يختلف عن الآخر .

فالأجزاء المشتركة تخضع لنظام الشيوع الاجبارى :

١ - فلا يمكن طلب قسمة الأجزاء المشتركة ، ولا يمكن التصرف فيها مستقلة عن الطبقة أو الشقة ذاتها (م ٨٥٦ / ٢) .

٢ - و « كل مالك ، فى سبيل الانتفاع بالجزء الذى يملكه فى الدار، حر فى أن يستعمل الأجزاء المشتركة فيما أعدت له ، على ألا يحول دون استعمال باقى الشركاء لحقوقهم » (م ٨٥٧ / ٢) . فحق المالك فى استعمال الأجزاء المشتركة لا يقيد سوى أن يكون فى الغرض المعدة له من ناحية والا يضر بالشركاء الآخرين من ناحية أخرى . فلا يجوز لأحد الملاك مثلا أن يسند جدار بناء بقيمة على أرض مجاورة على جدار الدار التى يملك طبقة أو شقة فيها ، ولا يجوز للشريك أن يستعمل المدخل أو الممرات أو السلم فى عرض منتجاته أو بضائعه ولو كان نصيبه فى البناء متجرا ، ولا يجوز لأحد الشركاء أن يتأثر باستعمال هذه الأجزاء دون شركائه اذا كان استعمالها يقتضى التناوب ، كحجرة للغسيل مثلا .

(٣) اسماعيل غانم ، بند ١٥٣ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٢ ، الصنهورى ، بند ٦٢٥ .

٣ - كذلك يكون للمالك طبقا للمادة ٢/٨٥٧ أن يحدث ما يراه من تعديل في الأجزاء المشتركة دون حاجة الى الحصول على موافقة بقية الملاك، بشرط أن يكون من شأن هذا التعديل تسهيل استعمال الأجزاء المشتركة دون تغيير في تخصيصها أو اضرار بالملاك الآخرين ، وبشرط أن يتحمل وحده نفقات هذا التعديل .

٤ - وعلى الملاك وفقا للمادة ١/٨٥٨ أن يتقاسموا تكاليف حفظ الأشياء المشتركة، وصيانتها وإدارتها وتجديدها كل بنسبة قيمة الجزء الذى له فى البناء ما لم يتفق على غير ذلك ، وليس بحسب الانتفاع الفعلى بالأجزاء المشتركة ، تجنباً لما يثيره تقدير الانتفاع الفعلى من منازعات . وتقدر قيمة الجزء الذى لكل مالك فى البناء على النحو الذى سبق أن رأيناه .

وقد نصت المادة ٢/٨٥٨ على أنه « لا يحق للمالك أن يتخلى عن نصيبه فى الأجزاء المشتركة للتخلص من الاشتراك فى التكاليف المتقدمة الذكر » ، وذلك لأن انتفاعه بالطبقة أو الشقة غالبا ما يفترض الانتفاع بالأشياء المشتركة . فيلزم للتخلص من هذه النفقات التخلي عن كل نصيبه المقرر فى الدار بما يتبعه من أشياء مشتركة .

أما الأجزاء الخاصة فتخضع لنظام الملكية المفروزة بحيث يكون للمالك وحده عليها كافة سلطات الملكية من استعمال واستثمار وتصرف ، مع مراعاة القيود المختلفة التى ترد على هذه السلطات ، ويتحمل وحده بما تتطلبه من نفقات .

على أنه يراعى فى هذا الشأن أن لمسئولية المالك عن مزار الجوار غير المألوفة أهمية خاصة فى هذا الصدد بالنظر لطبيعة الجوار الذى يربط الملاك ببعضهم . فلا يجوز للمالك مثلا أن يقوم فى طبقته أو شقته بعمل يكون من شأنه اضعاف البناء .

كذلك يراعى أن تصرف الشريك فى الجزء الذى يملكه ملكية مفرزة لأجنبى قد يضر بياقى الشركاء . لذلك فقد يتفق الشركاء على أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف فى طبقته أو شقته الى أجنبى الا بموافقتهم .

ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحا نظرا لمشروعية المصلحة التى يرمى الى تحقيقها ، ويأخذ حكم الشرط المانع من التصرف . وبالمثل فان تصرف الشريك فى طبقته أو شقته لأشخاص متعددين ، بعد تقسيمها ، قد ينزل من مستوى المبنى ، لذلك فقد يتفق الشركاء على منع مثل هذا التصرف . ويذهب الفقه الى اعتبار مثل هذا الشرط الأخير مقررا لحق ارتفاق على كل طبقة أو شقة لمصلحة الطبقات أو الشقق الأخرى ^(١) .

ادارة الاجزاء المشتركة :

١٥٥ - تتم ادارة الأجزاء المشتركة طبقا لقواعد الادارة فى الملكية الشائعة العادية على التفصيل السابق بيانه . 'على أن المشرع قد أجاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم لادارة الأجزاء المشتركة ، ووضع لهذه الادارة نظاما خاصا لا يطبق الا فى حالة تكوين الشركاء لمثل هذا الاتحاد .

ويلاحظ أن تكوين الاتحاد اختياري فى التقنين المدنى المصرى على عكس الحال فى القانون الفرنسى . ولم ينص المشرع على اعتبار الاتحاد شخصا معنويا ، ومع ذلك فهو يعتبره شخصا معنويا ، اذ يجعل له ذمة خاصة ويجيز له التقاضى باسمه . ولكن تكوين الاتحاد لا يؤدى الى اعتباره مالكا للبناء ، فتبقى هذه الملكية للشركاء على النحو السابق بيانه . وبالرغم من أن الاتحاد تتوافر له مقومات الجمعيات الا أن المشرع لا يخلع

(١) اسماعيل غاتم ، بند ١٥١ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٥٢ .

عليه هذه التسمية ولا يخضعه لأحكام الجمعيات وانما لأحكام خاصة وضعها بشأنه (١) .

وللاتحاد أن يضع نظاما لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك وإدارته . فإذا وضع الاتحاد مثل هذا النظام كان هو المرجع في كل ما يعرض له بشأن الانتفاع والإدارة . ويلاحظ أن المشرع قد اشترط أن يكون وضع النظام بموافقة جميع الشركاء خلافا لما عليه الحال في الشيوع العادي حيث تكفى موافقة أغلبية الشركاء لوضع مثل هذا النظام طبقا للمادة ٨٢٨/٢ من التقنين المدني . ويسرى النظام الذى يضعه الاتحاد على خلفاء الشركاء بالرغم من عدم نص المشرع على ذلك صراحة ، قياسا على ما تقضى به المادة ٨٢٨/٢ بالنسبة للشيوع العادي ، خاصة وأن هذا النظام يتم وضعه بالاجماع وليس بالأغلبية كما هو الحال في الشيوع العادي .

فإذا لم يضع الاتحاد نظاما للإدارة أو أغفل النظام الذى وضعه بعض الأمور ، كانت للاتحاد ، طبقا للمادة ٨٦٤ وما بعدها ، سلطة الإدارة وسلطة تجديد البناء عند هلاكه . وتكون قرارات الاتحاد في هذا الشأن ملزمة إذا كان جميع ذوى الشأن قد دعوا الى الاجتماع بكتاب موصى عليه وصدر القرار من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة . والإدارة التى تكون من حق الاتحاد بالأغلبية العادية المذكورة تشمل الإدارة المعتادة و غير المعتادة على السواء . ومن أمثلة أعمال الإدارة غير المعتادة ما تنص عليه المادة ٨٦٥ من اجراء تحسينات أو تركيبات جديدة فى العقار مع الزام كافة الملاك بالمساهمة فى نفقاتها ، كتجميل المدخل أو توسيع الباب العمومى أو باب الجراج المشترك ، والاذن بالقيام بهذه

(١) يلاحظ أن المشرع ، فى المادة ٨٦٢ من التقنين المدني ، يجيز تكوين اتحاد لا يفرض إدارة البناء المشترك وانما يقصد « بناء العقارات أو مشتراها لتوزيع ملكية أجزائها على أعضائها » . ولم يضع المشرع نظاما لمثل هذا الاتحاد فتطبق فى شأنه أحكام الجمعيات .

الأعمال لأحد الملاك على تفقته اذا لم يوافق الاتحاد تحميلها لجميع الملاك
وطلب أحدهم القيام بها ، وفرض تأمين مشترك من الأخطار التي تهدد
العقار .

أما تجديد البناء عند هلاكه بنفس الأغلبية فقد نصت عليه المادة
١/٨٦٨ بقولها :

١ - اذا هلك البناء بحريق أو بسبب آخر ، فعلى الشركاء أن
يلتزموا من حيث تجديده ما يقرره الاتحاد بالأغلبية المنصوص عليها
في المادة ٨٦٤ ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك .

٢ - فاذا ما قرر الاتحاد البناء خصص ما يستحق من تعويض
بسبب هلاك العقار لأعمال التجديد ، دون اخلاص بحقوق أصحاب
الديون المقيمة » (م ٢/٨٦٨) .

ومقتضى ذلك أنه اذا لم يوجد اتفاق على عدم التجديد كان للاتحاد
أن يقرره بالأغلبية العادية ولو كان تجديد البناء على نحو يختلف عما
كان عليه ، وأنه اذا ما استحق عوض عن الهلاك كبلغ تأمين أو تعويض
يلتزم به المتسبب في الهلاك أو تدفعه الدولة ، خصص هذا المبلغ لأعمال
التجديد رغما عن ارادة الأقلية المعارضة لأعمال التجديد ، بعد وفاة ما قد
يكون هناك من ديون مضمونة بالعقار منها .

وقد نصت المادة ٨٦٩ على أن :

١ - كل قرض يمنحه الاتحاد أحد الشركاء لتمكينه من القيام
بالتزاماته يكون مضمونا بامتياز على الجزء المقرض الذي يملكه وعلى
حصته الشائعة في الأجزاء المشتركة من العقار .

٢ - وتحسب مرتبة هذا الامتياز من يوم قيده . ولكن ليس

بمعنى ذلك أن للاتحاد أن يقرر بالأغلبية منح هذا القرض اذ أن المشرع لم ينص على أن منح القرض يكون بالأغلبية خلافا لما قضى به في بقية المسائل الأخرى . لذلك يبدو أنه لا يمكن اجبار أحد الملاك على المساهمة في مثل هذا القرض دون موافقته .

١٥٦ - وقد نصت المادة ٨٦٩ على أن يكون للاتحاد مأمور يتولى تنفيذ قراراته ويمثله أمام القضاء حتى في مخاصمة الملاك اذا اقتضى الأمر ذلك . وعليه اذا اقتضى الحال أن يقوم من تلقاء نفسه بما يلزم لحفظ الأشياء المشتركة وحراستها ، وله أن يطالب كل ذي شأن بتنفيذ هذه الالتزامات . ويكون تعيين المأمور بنفس الأغلبية العادية السابقة ، فاذا لم تتحقق هذه الأغلبية عين بأمر يصدر من رئيس المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار بناء على طلب أحد الشركاء بعد اعلان الملاك الآخرين وسماع أقوالهم . ويكون للمأمور أجر على القيام بمهمته يحدده القرار أو الأمر الصادر بتعيينه (م ١/٨٦٧) . ويجوز عزل المأمور بقرار من الاتحاد بنفس الأغلبية أو بأمر يصدر من المحكمة السابق ذكرها أيضا (م ٢/٨٦٧) .

المطلب الثاني

النظام الاتفاقي للملكية الطبقات (العلو والسفل)

١٥٧ - اذا كان الأصل كما تقدم أن هيكل البناء ذاته ، بما يشمل من جدران خارجية وأسقف ، يعتبر ملكا مشتركا ، الا أن هذه القاعدة يجوز الاتفاق على خلافها في سندات التملك . فاذا نص في هذه السندات على أن الملكية المفروزة للطبقة أو الشقة تشمل الجدران المحيطة بها وسقفها ، اختلف التنظيم القانوني للملكية الطبقات أو الشقق عن النظام العام السابق الاشارة اليه ، فيحكم هذه الملكية قواعد الملكية المفروزة ،

ويحدد العلاقة بين الملاك فيما يتعلق بالطبقات أو الشقق ذاتها ما يكون للعلو على السفل من حق القرار .

وحق القرار ان كان حقا عينيا من حيث انه يرد مباشرة على الشيء ، ويتضمن فرض التزامات على صاحب السفل لتمكين صاحب العلو من مباشرة حقه ، وأخرى على صاحب العلو لتحديد مضمون حقه ، وهي التزامات عينية يستطيع الملتزم بها أن يتخلص منها اذا هو تخطى عن حقه .

١ - التزامات صاحب السفل :

١٥٨ - تضع المادة ١/٨٥٩ على صاحب السفل التزاما بالقيام بالأعمال والترميمات اللازمة في ملكه لمنع سقوط العلو ، سواء كان ذلك في الجدران المحيطة بطبقته أو في سقفها . فإذا امتنع صاحب السفل عن القيام بذلك كان لصاحب العلو بمقتضى المادة ٢/٨٥٩ أن يلجأ الى القضاء العادى الذى يجوز له بمقتضى نفس المادة أن يأمر ببيع السفل .

ولم ينص المشرع على حق صاحب العلو في أن يطلب الاذن له بالقيام بترميم السفل على نفقة صاحبة بدلا من بيعه . ولكن ذلك جائز له بمقتضى المادة ٢٠٩ فى القواعد العامة التى تقضى بجواز طلب ترخيص من القضاء فى تنفيذ الالتزام بعمل على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا ^(١) . فاذا كان قيام صاحب العلو بالترميم قد اقتضى تسليم السفل اليه كان له طبقا للقواعد العامة فى الحبس أن يمتنع عن رده حتى يستوفى حقه . ويمكن القول فى هذه الحالة بأنه يجوز لصاحب العلو أن يحصل على اذن من المحكمة فى ايجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه قياسا على حكم المادة ٢/٥٦٠ التى ستأتى الاشارة اليها ^(٢) .

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٦٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٦ ، السنهورى ، بند ٦١٧ .

(٢) المراجع المشار اليها املا .

١٥٩ - وإذا تهدم السفل لم يكن من سبيل أمام صاحب العلو لممارسة حقه سوى إعادة بنائه . لذلك فقد وضعت المادة ١/٨٦٠ التزاما على عاتق صاحب السفل بإعادة بناء سفله . . .

ومن الواضح أن التزام صاحب السفل لا يكون إلا إذا كان البناء قد انهدم فعلا ، بحيث لا يجوز لصاحب العلو أن يطلب أهدم البناء وإعادة بناء السفل بحجة أنه آيل للسقوط ، وإن كان له أن يلجأ إلى السلطات الإدارية المختصة لتقرير هدم البناء ثم يلجأ إلى القضاء لطلب تنفيذ الأمر بالهدم (١) .

وبديهي أن مثل هذا الالتزام لا يقوم كذلك إذا كان انهدام السفل بخطأ من صاحب العلو . ففي هذه الحالة يلزم صاحب العلو بالتعويض ولا يلزم صاحب السفل بإعادة بناء سفله ، ولكن إذا قام صاحب السفل من تلقاء نفسه بإعادة بنائه كان لصاحب العلو أن يعيد بناء علوه إذا كان قد أوفى بالتزامه بالتعويض (٢) .

فإذا امتنع أصحاب السفل عن بناء سفله مع وجوب ذلك عليه كان لصاحب العلو أن يحصل على إذن من القضاء بإعادة بنائه على نفقة صاحبه طبقا للقواعد العامة . ولكن المشرع تيسيرا على صاحب العلو قد خول له فوق ذلك أن يستصدر أمرا ببيع السفل ، فيكون الثمن من حق صاحب السفل ويصبح المشتري هو الملتزم بإعادة البناء . على هذا النحو نصت المادة ١/٨٦٠ على أنه يجوز للقاضي « أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه » .

(١) اسماعيل غانم ، بند ١٦٢ ، منصور مصطفى منصور ، بند ١٠٦ ، السنهوري ، بند ٦١٨ .
(٢) السنهوري ، بند ٦١٨ .

فإذا أعاد صاحب العلو بناء السفل كان له أن يجبره عن صاحبه حتى يوفى إليه ما أنفق ، تطبيقا للقواعد العامة في الحبس . وقد نصت المادة ٢/٨٦٠ على ذلك صراحة بقولها « لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يؤدي ما في ذمته » . ولكن المادة ٢/٨٦٠ قد أضافت الى ذلك حكما آخر يخرج عن القواعد العامة ، تيسيرا على صاحب العلو في استيفاء ما قام باتفاقه ، فجعلت له « أن يحصل على اذن في ايجار السفل أو سكناء استيفاء لحقه » خلافا للقواعد العامة في الحبس التي لا تخول للدائن الحابس سوى الامتناع عن تسليم الشيء المحبوس دون استعماله أو استثماره .

٢ - التزامات صاحب العلو :

١٦٠ - اذا كان مقتضى الحق في القرار أن يرتكز صاحب هذا الحق على السفل في بنائه ، فقد يكون حق القرار مطلقا بحيث يكون لصاحب العلو - بمقتضى سند الملك - أن يزيد في بنائه فوق السفل ما شاء ، وقد يكون مقيدا بارتفاع معين لا يتجاوزه . ولكن في جميع الأحوال يتحدد حق صاحب العلو بعدم الاضرار بالسفل . تطبيقا لذلك نصت المادة ٨٦١ على أنه « لا يجوز لصاحب العلو أن يزيد في ارتفاع بنائه بحيث يضر بالسفل » .

واذا كان حق صاحب العلو مقيد على هذا النحو بعدم الاضرار بالسفل فانه يمكن القول استنادا الى ذلك أنه لا يجوز له أن يثقل سقف السفل بما يجاوز طاقته ولو لم يتمثل ذلك في البناء فوقه ، كما يلتزم بصيانة سطح أرضية طبقته أو شقته حتى لا يترتب على تلفها الاضرار بالقاعدة المكونة لسقف السفل .

فهرس

صفحة	
٧	تمهيد
٨	١ — الملكية بين الرأسمالية والاشتراكية
٨	وضع المشكلة
٩	الملكية والصراع بين الرأسمالية والاشتراكية
١٢	الملكية وفيام الاشتراكية في الجمهورية العربية المتحدة
	٢ — الملكية بين الحق العيني والوظيفة الاجتماعية (الاداة الفنية
١٥	لصياغة نظام الاموال)
١٥	التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي
١٦	انكار فكرة الحق والرد عليه
١٨	نقد التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي
٢٦	هل يمكن ابتداء حقوق عينية غير التي نص عليها القانون

القسم الاول

٢٩	حق الملكية
----	----------------------

الباب الاول

٣١	صور الملكية
٣٢	الفصل الاول : الملكية الخاصة
	المبحث الاول : الملكية الخاصة بين النظام الرأسمالي والنظام
٣٢	الاشتراكي
٣٢	الملكية الخاصة والنظام الرأسمالي
٣٤	الملكية الخاصة والنظام الاشتراكي
٣٦	المبحث الثاني : الملكية الخاصة في الجمهورية العربية المتحدة
٤٣	الفصل الثاني : الملكية العامة

المبحث الاول : الملكية العامة بين النظام الرأسمالى والنظام

٤٤	الاشتراكى
٤٤	الملكية العامة ونظامها القانونى فى اندول الرأسمالية . .
٤٦	الملكية العامة ونظامها القانونى فى الدول الاشتراكية . .
٥٤	المالك للملكية العامة
٦٠	النظام القانونى للملكية العامة
٦٦	الفصل الثالث : الملكية التعاونية
٦٨	تطبيقات الملكية التعاونية فى البلاد الاشتراكية
٧١	حقيقة الملكية التعاونية

الباب الثانى

٧٣	مضمون الملكية
٧٧	الفصل الاول : سلطات الملكية
٧٧	المبحث الاول : الملكية العامة
٨٤	المبحث الثانى : الملكية الناقصة (الحقوق العينية على ملك الغير)
٨٤	المطلب الاول : الانتفاع ومشتقاته
٨٤	تعريف الانتفاع وخصائصه
٨٦	محل حق الانتفاع
٨٦	مضمون حق الانتفاع
٩١	تقدير حق الانتفاع
٩٢	الاستعمال والسكنى
٩٤	المطلب الثانى : الارتفاق
٩٤	تعريف الارتفاق وخصائصه
٩٧	الارتفاق والحق الشخصى
٩٩	تحديد مضمون الارتفاق
١٠٢	نشأة الارتفاق وزواله

صفحة

١٠٤ الفصل الثاني : نطاق الملكية

١٠٥ المبحث الاول : نطاق الملكية وحقوق الغير

المطلب الاول : مسئولية المالك عن الاضرار التي تترتب للغير

١٠٨ بسبب استعماله للملك

١١٣ ١ — شروط قيام المسؤولية عن مضر الجوار

١١٨ ٢ — جزاء المسؤولية عن مضر الجوار

١٢٠ المطلب الثاني : حقوق الارتفاق القانونية

١٢٤ ١ — الارتفاقات القانونية الايجابية

١٢٥ (١) حق المرور القانوني

١٢٦ الانحباس عن الطريق العام مناط لحق المرور

١٣١ نطاق المرور : تعيين الممر وطريقة المرور

١٣٦ مقابل المرور

١٣٧ (ب) حقوق الري والصرف الزراعي

١٣٨ حق الشرب

١٤٠ حق المجري

١٤١ حق المسيل أو الصرف

احكام عامة في التزامات المنتفعين بحقوق الشرب

١٤٣ والمجري والمسيل أو الصرف

١٤٤ ٢ — الارتفاقات القانونية السلبية

١٤٤ المنساور

١٤٥ المطلات

١٤٨ المبحث الثاني : نطاق الملكية والمصلحة العامة

١٤٩ المطلب الاول : نطاق الملكية والقيود المتعلقة بالمصلحة العامة

١٥٤ المطلب الثاني : نطاق الملكية والثروة القومية

١٥٤ امتداد ملكية الشيء الى ثماره ومنتجاته وملحقاته

١٥٥ امتداد ملكية الارض الى العلو والعمق

١٥٦ انفصال العلو أو العمق عن ملكية الارض

١٥٧ ملكية المناجم والمحاجر

الباب الثالث

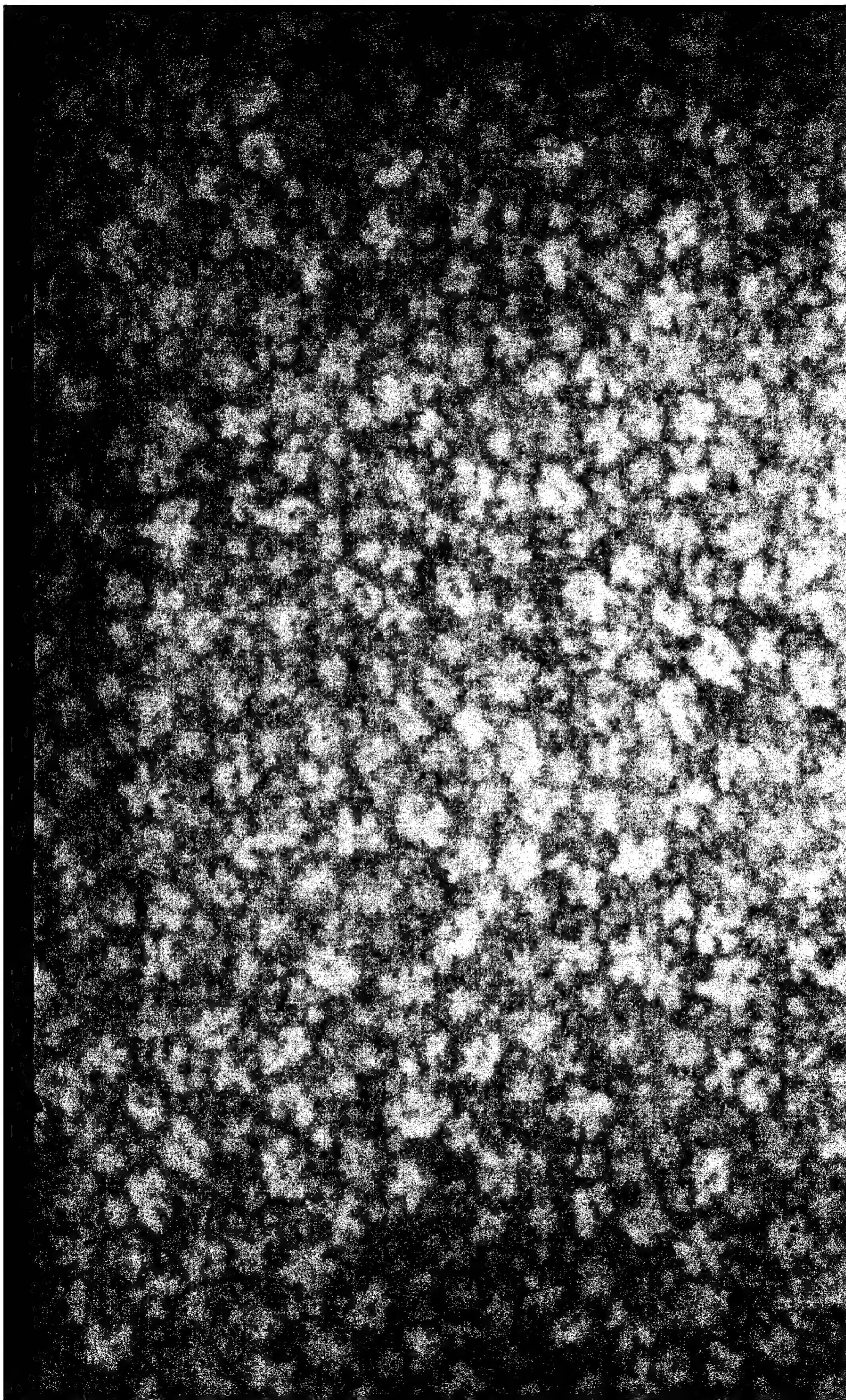
صفحة	
١٦٠	أوصاف الملكية
١٦١	الفصل الأول : أوصاف الملكية بصفة عامة
١٦١	أوصاف الملكية الواردة على الحق الشخصي
١٦١	أوصاف الملكية الواردة على الشخص المعنوي
١٦٢	أوصاف الملكية الواردة على الشيء
١٦٢	الشرط
١٦٤	الاجل
١٦٦	تعدد الملاك
١٧٣	الفصل الثاني : الشيوع العادي
١٧٤	المبحث الأول : أحكام الشيوع
١٧٥	المطلب الأول : الانتفاع بالشيء الشائع
١٧٥	١ — الانتفاع الجماعي
١٧٥	أعمال الانتفاع الصادرة من الشركاء مجتمعين
١٧٩	أعمال الانتفاع الصادرة من أغلبية الشركاء
١٨١	٢ — الانتفاع الفردي
١٨٦	نفقات المال الشائع وتكاليفه
١٨٧	المطلب الثاني : التصرف في الشيء الشائع
١٨٧	١ — التصرف الجماعي
١٨٧	أعمال التصرف الصادرة من الشركاء مجتمعين
١٨٩	أعمال التصرف الصادرة من أغلبية الشركاء
١٩٢	٢ — التصرف الفردي
١٩٢	التصرف في الحق الشائع
١٩٧	النصرف في الشيء الشائع مفرزا

	حكم تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع أو في جزء
١٩٧	مفرز منه في العلاقة بين طرفيه
	حكم تصرف أحد الشركاء في الشيء الشائع أو في جزء
٢٠٣	مفرز منه بالنسبة لبقية الشركاء
٢٠٤	المبحث الثاني : القسمة
٢٠٩	المطلب الأول : طرق القسمة
٢١٠	١ — الاتفاق على القسمة
٢١٤	٢ — دعوى القسمة
٢١٧	القسمة العينية
٢١٩	قسمة النصفية
٢٢٠	٣ — تحول قسمة المهايأة الى قسمة نهائية بقوة القانون
٢٢٢	المطلب الثاني : آثار القسمة
٢٢٢	١ — الافراز
٢٢٢	الافراز عملية ناقلة للملكية في القانون الروماني
٢٢٣	اضافة الاثر الرجعي للآثر الناقل في النظرية التقليدية
٢٢٧	الافراز عملية كاشفة في الفقه الحديث
	العود الى اعتبار الافراز عملية ناقلة مع التسليم
	بانتقال الحقوق التي قررها الشريك أثناء الشيوع
٢٣٢	الى ما يختص به بالقسمة
٢٣٤	٢ — الضمان في القسمة
٢٣٦	شروط الضمان
٢٣٨	آثار الضمان
٢٤٠	الفصل الثاني : الشيوع الاجباري
٢٤٦	المبحث الأول : ملكية الحائط الفاصل المشترك
٢٤٩	المبحث الثاني : ملكية الطبقات أو الشقق
٢٥١	المطلب الأول : النظام العام لملكية الطبقات أو الشقق

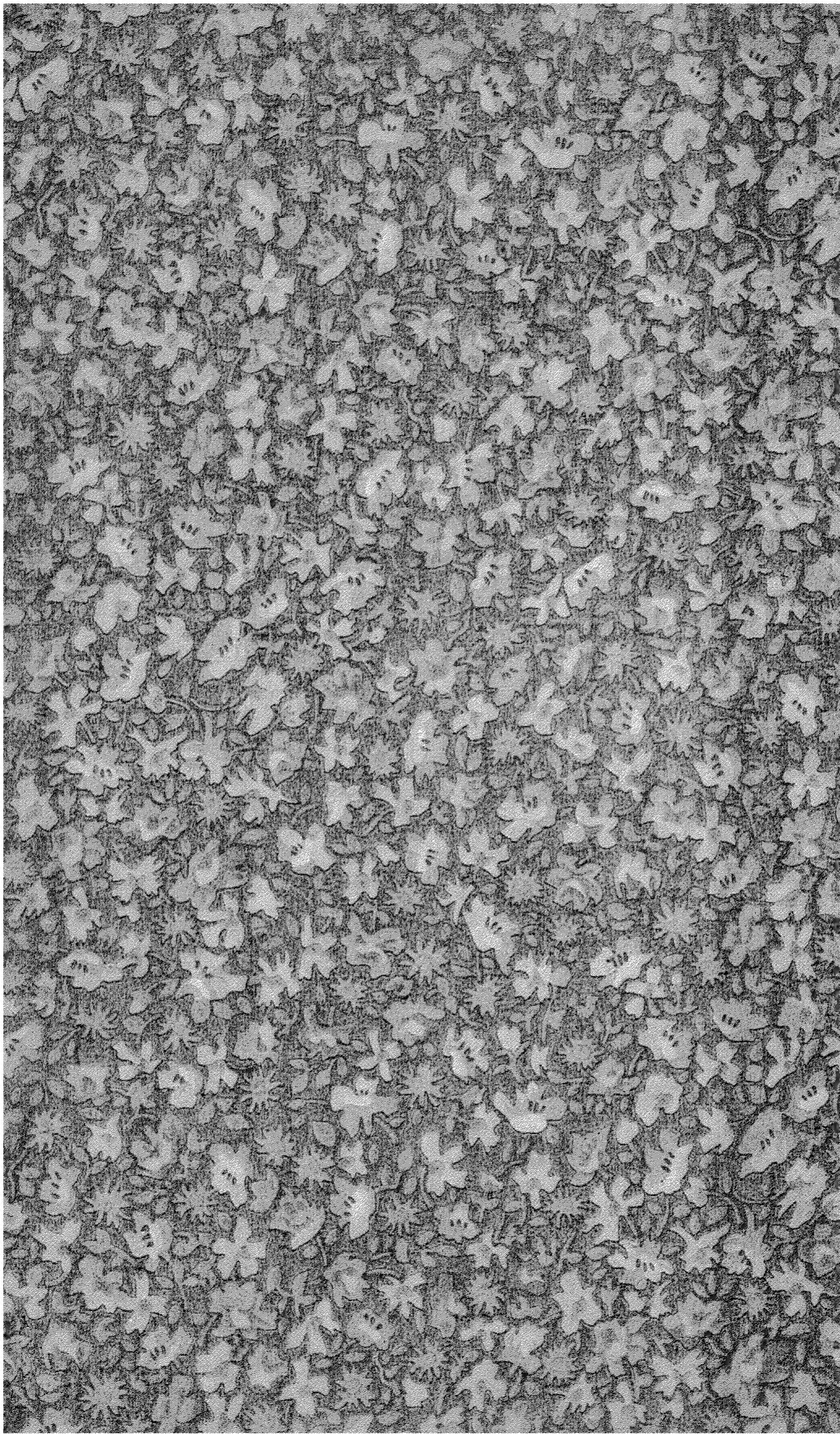
صفحة

٢٥١	الاجزاء المشتركة والاجزاء الخاصة
٢٥٢	تحديد انصبة الشركاء في الاجزاء المشتركة
٢٥٣	حقوق الشركاء وواجباتهم
٢٥٥	ادارة الاجزاء المشتركة
٢٥٨	المطلب الثانى : النظام الاتفاقى للملكية الطبقات (العلو والسفل)
٢٥٩	١ - التزامات صاحب السفل
٢٦١	٢ - التزامات صاحب العلو
٢٦١	الفهرس

مطابع مؤسسة الأهرام



BIBLIOTHECA ALEXANDRINA



Bibliotheca Alexandrina



0356457